Avec les compliments et les meilleures amitiés de l'auteur

UNIVERSITÉ LAVAL

FACULTÉ DE DROIT DE MONTRÉAL

DE L'INCAPACITÉ LÉGALE

DE LA

FEMME MARIÉE

THÈSE

—POUR LE DOCTORAT—

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 28 JUIN 1899

PAR

LOUIS J. LORANGER

Avocat et Licencié en Droit

MEMBRES DU JURY :

VICE-RECTEUR :—	MGR L. Z. RACICOT.
SUFFRAGANTS :—	L'HON. L. A. JETTÉ, PRÉSIDENT.
	MM. F. D. MONK.
	EUG. LAFONTAINE.
	PHIL. DEMERS.
	H. GERVAIS.
	R. LEMIEUX.
	N. PERODEAU.
DOYEN DE LA FACULTÉ :—	L'HON. JUGE MATHIEU.

MONTRÉAL

EUSÈBE SENÉCAL & CIE, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

20 rue Saint-Vincent

1899

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

PROPOSITIONS (1)

I.—La répétition de l'indu a-t-elle lieu, si l'obligation repose sur une cause immorale ? ([1])

II.—La chose jugée au criminel a-t-elle force de loi dans une Cour civile ? ([2])

III.—Le mineur qui fait commerce peut-il vendre ses immeubles pour les fins de son commerce ? ([3])

([1]) 4 Aubry & Rau, p. 739 ; Pothier, obligations, 42. etc.
20 Laurent, p. 341 ; Code Civil, art. 1047.

" Ubi autem dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti decimus."

In pari causa turpitudinis repetitio cessat.

([2]) *Affirmative*— La loi française — Merlin, Marcadé, de Molombe, Sirey & Gilbert, 1351 C. N., Nos 421, 423, 431, 445, 486 ; Code Napoléon, Art. 1351.

Négative—La loi anglaise—Taylor, Code Criminel, 534, 865 ; Carré & Chauveau, No 947 ; Boitard, Ins. Crim., p. 423.

([3]) Art. 322, 323, Code Civil ; 5 Laurent, No 234 ; Zachariæ, p. 480 ; Toullier, No 1295 ; 8 de Molombe, 224.

---

(1) Ces propositions sont présentées avec la thèse, et le candidat est appelé à soutenir l'opinion qu'il adopte sur chacune des questions posées.

IV.—Le débiteur qui cache ses biens en pays étrangers peut-il être arrêté sur *Capias* dans la province de Québec, si la dette y a été contractée ? ([1])

V.—Un locataire peut-il se plaindre du fait que son ancien propriétaire a pris son bref de saisie-gagerie après l'expiration des huit jours ? ([2])

VI. — L'aveu du mineur qu'il a commis un délit, fera-t-il preuve contre lui ? ([3])

VII.—L'offense de faux prétexte ne peut être assimilée au vol pur et simple.

VIII.—La puissance paternelle en droit romain possède un caractère sui generis, que l'on ne retrouve pas dans la législation moderne.

([1]) *Affirmative* — Galt & Robertson, 21 L. C. J. 281 ; Galt vs. Cloutier, VII R. J. C. B. 546 ; McFarlane & McNiece, 7 L. N. 398 ; Asher & Douglas, jugement 20 janvier 1898, Cour de Révision.

Négative—Marcotte & Moodie, 11 R. L. 460 ; Hurtubuise & Bourret, 23 Jurist. 130 ; Henderson & Duggan, 5 Q. L. R. 364 ; Ventini & Ward, 2 L. N. 133.

([2]) *Affirmative*—Hearn vs. Vézina, 6 R. J. Q. 93 ; Leveillé & Couillard, 14 R. L. 653 ; Charlebois vs. Brossard, Cour d'Appel, juin 1899 ; Delorme & Creissier, C. S., mars 1899.

Négative—Mondelet & Power, 1 L. C. J. 276 ; Serrurier & Lagarde, 13 L. C. J. 252 ; Hart & Lachapelle, 12 R. J. E. S. 428.

([3]) *Affirmative*—Bonnier, Vol. I, p. 442 ; de Molombe, Vol. 30, p. 424 ; Taylor, ou évidence, Vol. I, 487.

Négative—De Molombe, T. 29, p. 100, No 110 ; Dalloz & Vergé, Art. 1310, No 4 ; Toullier, Vol. VII, p. 696, No 588 ; Aubry & Rau, Vol. IV, p. 259, No 4 ; Larombière, Vol. V, p. 416 ; Nos 7, 8 ; de Lorimier, Vol. VII, p. 750, Art. 1007 ; Delvincourt, Vol. VII, p. 594 ; Laurent, Vol. XX, p. 170 ; de Fréminville (de la minorité), II, 872.

PRÉFACE.

En présentant ce livre à mes confrères, j'éprouve la crainte d'étudier avec eux une question qu'ils connaissent déjà mieux que moi.

Aussi loin de moi la pensée de poser en maître, et d'enseigner une doctrine nouvelle; cet opuscule parle par lui-même, et dit assez que jamais ne m'est venue l'idée d'écrire un traité complet sur les " Incapacités légales des époux."

J'ai voulu simplement compiler dans quelques lignes, tout ce qui s'est dit sur la question, le tout augmenté de détails nouveaux et d'opinions tout-à-fait personnelles.

Je dois à l'excellent article de M. J. J. Beauchamp, publié dans la *Revue Légale*, une foule de renseignements précieux que je lui ai empruntés avec plaisir et avec profusion—n'en trouvant pas ailleurs de plus justes et de mieux raisonnés !

Pothier, Guillouard, Merlin, Laurent et autres, sont tour à tour venus à mon secours, en jetant sur mon essai, la lumière de leur science et de leur génie.

Puissent ces quelques aperçus d'un sujet si vaste, être de quelqu'utilité à mes conférères, et je compterai parmi les moments heureux de ma vie, les heures et les veilles que j'ai consacrées à l'étude de cette question !

L. J. LORANGER.

AVANT-PROPOS

Si loin que peuvent se porter nos regards dans la nuit des temps, si profondément puissent-ils percer les ténèbres qui enveloppent les législations anciennes, l'on découvre partout, même chez les peuples barbares, que la condition de la femme en général, et plus spécialement de la femme mariée, attire l'attention des législateurs. Et partout, c'est la même tendance : La femme est considérée comme un être faible et incapable de droit. Mais si l'on redescend le cours des âges, chaque page de l'histoire nous redit des dispositions analogues, modifiées suivant les besoins de l'époque. Tant il est vrai, dit un ancien auteur que " par une loi constante, la condition de la femme a toujours tendu à s'améliorer:—plus la civilisation a fait de progrès—et plus aussi l'affection naturelle se faisant jour, on s'est plu à rendre la place qui appartient à ce sexe dont la faiblesse et la bonté méritent tout le respect du législateur." Dès que la femme eut acquis le droit de cité parmi les siens, dès que, vis-à-vis de l'homme, elle eut changé son rôle *d'esclave* en celui de compagne, dès qu'elle pût commencer à exercer son influence et remplir sa noble mission, oh alors, elle nous apparaît toute transformée ; désormais la femme prend rang dans la famille, et puis dans la société, qu'elle est appelée à former. C'est maintenant un être

juridique, capable de droits ; elle possède des biens et les administre, à sa guise, sous la surveilance et avec l'autorisation de celui qu'elle s'est choisi pour partager sa destinée, " en s'aidant " mutuellement dans la fidélité, dans l'amour, la communauté " dans le bonheur, l'assistance dans le malheur, à atteindre le " but de la vie, qui est l'immortalité."

La religion chrétienne, " qui n'est que l'expression la plus pure et, en quelque sorte, la perfection de la nature elle-même," n'a pas peu contribué à ce triomphe des sentiments naturels sur la barbarie des premiers siècles.

Le mariage est de tous les actes de l'état civil celui qui modifie le plus la condition et l'état des parties contractantes. C'est précisément à raison de l'intimité qui doit régner entre les époux et des devoirs réciproques qui leur incombent aussi bien que des nouvelles relations de famille qui vont se nouer pour les époux, que le législateur a cru nécessaire d'édicter une foule de dispositions particulières, tendant soit aux devoirs des époux, soit à la soumission et à l'obéissance de la femme ou soit à la régie de leurs biens, ou encore aux obligations pécuniaires du mariage pour chacun d'eux.

Au cours de cette étude, nous traiterons :

1°. De l'incapacité générale de la femme mariée.—De l'autorisation maritale.

2°. Des incapacités spéciales qui frappent les époux, pendant le mariage.

3°. Des incapacités au point de vue du droit international privé.

4°. De la législation comparée sur les incapacités des époux, pendant le mariage.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'INCAPACITÉ GÉNÉRALE

CHAPITRE I.

AUTORISATION MARITALE

Sommaire.

1o. Fondement de l'autorisation maritale.—2o. A quels actes s'applique cette autorisation.—3o. Forme de l'autorisation en matière civile.—4o. Actes judiciaires.—5o. Toute autorisaiton générale est nulle.—6o. Autorisation judiciaire.—7o. Cas où la femme peut s'obliger sans autorisation.

De l'économie générale de nos lois, il résulte que la femme mariée, sous quelque régime que ce soit, est frappée d'une incapacité dont elle ne peut se relever sans le secours de son mari.

Aux termes de l'article 986 C. C., elle est placée dans la catégorie des incapables. " Sont incapables de contracter, les femmes mariées, excepté dans les cas prévus et spécifiés par la loi." Donc, l'incapacité de s'obliger de la part de la femme sous puissance de mari—est la règle générale. La capacité est l'exception.

La première exception apportée à la rigueur de la règle générale, c'est l'autorisation maritale—c'est-à-dire le " pouvoir ou la permission donnée par le mari à sa femme de contracter."—Munie de cette autorisation, la femme recouvre sa capacité juridique, et le pouvoir d'exercer tous ses droits dans les limites de

cette autorisation. Ainsi sous l'empire de notre droit, l'on peut poser comme règle, que la femme mariée peut s'obliger avec l'autorisation de son mari, sans cette autorisation, elle est incapable de contracter aucun engagement, sauf les cas prévus par la loi, cas que nous étudierons plus loin.

Notre droit actuel sur cette matière se rapproche beaucoup des enseignements de l'ancien droit français. Ainsi les arts. 177, 178, 179 du Code Civil qui traîtent de l'incapacité de la femme mariée, et de l'autorisation maritale, ne sont en quelque sorte, que la reproduction des dispositions de la Coutume de Paris, qui se lisent comme suit : " La femme mariée ne peut vendre, aliéner, hypothéquer ses héritages sans l'autorité et le consentement de son mari.—art. 223.

" La femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée."—art. 224.

Le code Napoléon adopte la même règle, et consacre le principe de l'autorisation maritale, en déclarant par les arts. 215, 217, 220 code Napoléon, que la femme mariée est incapable sans l'autorisation de son mari de contracter aucun engagement, sauf pour la gestion de ses affaires personnelles, si elle est séparée quant aux biens, et si elle est marchande publique pour les affaires concernant son négoce. La nécessité de cette autorisation est aujourd'hui universellement reconnue, et l'on a dit avec beaucoup de vérité, qu'elle est de la *substance du contrat de la femme.*

Section I.

FONDEMENT DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

" De ce que le mari dit Proud'hon, [1] doit protection à la femme et la femme obéissance au mari, résulte la nécessité de

(1) Volume 1, p. 454.

l'autorisation pour la femme qui veut contracter ou ester en justice, parce que l'autorisation est tout à la fois un acte de protection de la part du mari, et de subordination de la part de son épouse."

Le principe de l'autorisation maritale, est donc fondé sur la condition des époux dont l'un est constitué par la loi, le pouvoir tutélaire de l'autre.

Il dérive aussi de la raison naturelle qui veut, que dans toute association, le moins apte aux affaires soit dirigé par le plus clairvoyant. Enfin, il est fondé sur l'intérêt commun de la femme et du mari, lequel serait blessé si le sort de leur association était livré à l'imprévoyance et à la légèreté de l'associé le moins propre à gouverner, et que par caractère, la nature appelle à la subordination."

La puissance maritale prend donc sa source dans le droit naturel, et dans le droit civil qui en règle les effets.

Ainsi d'après Proud'hon, l'autorisation maritale n'étant qu'une émanation du droit civil, l'époux n'est que le délégué de la loi dans l'usage dont elle l'a revêtu.

Ce n'est donc pas, comme l'ont enseigné certains auteurs " propter imbecilitatem sexûs " à cause de la faiblesse et à l'infériorité du sexe, que la femme mariée est frappée d'incapacité, mais bien à raison du respect et de l'obéissance, qu'elle doit à l'autorité de son mari.

" Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari, écrivait Pothier, n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation.

La nécessité de l'autorisation n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet à sa femme de ne rien faire que dépendamment de lui."

Section II.

A QUELS ACTES S'APPLIQUE L'AUTORISATION DU MARI ?

S'il est vrai de dire que l'incapacité pour la femme mariée, est la règle générale, il s'en suit que généralement la femme mariée ne peut rien faire sans l'autorisation de son mari, qui ne soit radicalement nul et ne produise aucun effet. Aussi faut-il admettre que l'autorisation s'applique à toutes sortes d'actes, soit extrajudiciaires, soit judiciaires ; cependant si la femme est séparée quant aux biens, elle pourra faire seule tous les actes et contrats qui concernent l'administration de ses biens.

Ce pouvoir de gérer ses biens, que la loi confère à la femme séparée quant aux biens, comporte une exception à la règle générale, et comme toute loi d'exception, elle doit s'interpréter dans un sens strict. Ainsi la femme qui administre ses biens n'a pas la liberté de gérer toutes ses affaires, elle possède seulement le droit d'aliéner ses biens meubles, pour les fins de l'administration, et dans les limites de l'autorisation que la loi lui confère. Tout acte fait en dehors de la simple administration, en dépasse les limites, et par conséquent est frappé de nullité en vertu de la règle générale, si le mari n'a pas en l'autorisant accordé à l'acte, pleine et entière efficacité. Il a été jugé dans une cause de Geddes *vs* O'Reilly, (1) qu'une femme séparée quant aux biens, ne peut sans l'autorisation de son mari, s'engager à payer à un agent d'immeubles une commission pour la vente d'une de ses propriétés. Le même principe a été maintenu par la cour d'Appel, qui a décidé dans la cause de Hart *vs* Joseph, (2) qu'une femme séparée quant aux biens ne pouvait sans autorisation diminuer le taux d'intérêt dû sur une créance hypothécaire, car ce n'est plus un acte d'administration mais une véritable donation qu'elle fait.

(1) 6 L. N., p. 92.
(2) M. L. R., 62 B., p. 301.

En résumé: La femme mariée ne peut donner, vendre, aliéner, hypothéquer, recevoir, acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux, sans l'autorisation de son mari.

Section III.

FORME DE L'AUTORISATION EN MATIÈRE CIVILE.

On disait autrefois: "auctoritas quæ debet interponi a marito, debet formaliter inscribi in contractu per verbum, autoriso." Sous l'ancien droit le mari devait autoriser formellement, et le mot "j'autorise" était sacramentel; il faisait partie du contrat.

Aujourd'hui, il n'y a plus de formules sacramentelles. Le Code Civil en adoptant la disposition de l'article 217 du code Napoléon, a complètement répudié le formalisme de l'ancien droit.

Le mari choisit la forme qui lui convient ; ce que la loi veut, c'est que le mari connaisse les obligations que sa femme désire contracter, et qu'il y consente, en connaissance de cause.

L'autorisation est expresse ou tacite. Expresse :—si elle découle d'un consentement par écrit donné par le mari ; peu importe que l'écrit ait revêtu le caractère de la forme authentique ou soit sous seing privé.

Tacite :—Si elle résulte du concours du mari dans l'acte.

On commettrait une erreur grossière à mon sens, en restreignant la portée des expressions "Concours du mari dans l'acte," au fait seul de la présence du mari à l'acte, car on ne peut pas induire du fait seul que le mari était présent à l'acte, qu'il a connu et voulu l'acte, que sa femme accomplit ; je crois, que le véritable sens de ces expressions "Concours du mari dans l'acte," c'est que le mari doit être partie à l'acte. Par le mot acte, l'on entend un écrit. Aussi selon tous les commentateurs, l'autorisation tacite résulte du concours du mari à un écrit. Ainsi une femme mariée veut emprunter une somme d'argent, elle donne

son billet personnel, au bas du billet et en dessous de sa signature, apparaît celle de son mari, il y a là autorisation, et le mari ne serait pas admis à invoquer plus tard le défaut d'autorisation, car il a eu une connaissance suffisante de la participation de sa femme à l'acte.

Section IV.

ACTES JUDICIAIRES.

L'article 176 du Code Civil, qui établit la capacité juridique de la femme mariée, prononce contre la femme qui veut ester en justice, la même incapacité dont il frappe la femme qui veut s'obliger sans l'autorisation de son mari en matière purement civile.

La femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, ne peut ester en justice, soit en demande, soit en défense, sans l'autorisation de son mari, sous la reserve de l'exception qui permet à la femme séparée de biens et à la femme marchande publique, de s'engager dans les limites de l'autorisation qui leur est donnée.

Nous avons vu qu'en matière d'actes extra-judiciaires, le mari n'est soumis à aucune formalité, il adopte la manière qu'il lui plaît. S'agit-il d'actes judiciaires, le mode est différent.

“ Il y a, dit Pothier, (1) cette différence à l'égard de la forme de l'autorisation, entre les actes judiciaires et les actes extra-judiciaires, que dans ceux-ci pour qu'une femme soit censée autorisée, il est nécessaire que le mari ait connu l'acte, et qu'il l'ait autorisé ; la présence du mari au contrat ne tient pas lieu d'autorisation. Au contraire dans les actes judiciaires, il n'est pas nécessaire que le mari déclare qu'il autorise sa femme, il est censé suffisamment l'autoriser, lorsqu'il est en qualité dans l'instance avec elle.

(1) Puiss Marit, No 95.

Dans les actes extra-judiciaires, il suffit que la femme se dise autorisée par tel ou tel acte qu'elle produit.

Dans l'acte judiciaire, il est nécessaire que le mari soit mis en cause conjointement avec elle.

Appliquant ces principes, la cour d'Appel, dans une cause de McCormick *vs* Buchanan, (1) a jugé que l'assistance du mari à une demande judiciaire, constitue une autorisation suffisante à la femme de poursuivre ses droits, sans les mots " autorisée par son dit mari, à l'effet des présentes."

" La raison de cette différence, ajoute Loranger, dans ses commentaires sur le Code Civil, entre l'autorisation requise pour la validité des actes judiciaires et celle des actes extrajudiciaires est que là, quand la femme agit sous le regard de la justice, les surprises sont moins à redouter, et qu'elle reçoit du juge, défenseur naturel des incapables, une protection suffisante."

Section V.

TOUTE AUTORISATION GÉNÉRALE EST NULLE.

L'autorisation du mari peut être expresse ou tacite, mais dans tous les cas, elle doit être spéciale et déterminée.

En principe, l'autorisation donnée généralement à une femme de contracter, de s'obliger, de plaider, est nulle et de nul effet ; car l'autorisation ayant pour fondement la puissance du mari et les intérêts de la femme et de la famille, comment le mari pourrait il faire respecter son autorité, et surveiller les intérêts de la famille, s'il ne connait pas tous les engagements que sa femme contracte, et la manière dont elle dispose de ses biens ? Il faut que le mari soit consulté chaque fois que la femme désire contracter une nouvelle obligation ; et cette autorisation ne vaut que pour l'acte mentionné, et pour lequel elle a été accordée ; quelques exemples feront mieux comprendre la justesse de ces

(1) Rapp. 2, R. L., p. 733.

principes. "Longum iter per præcepta, brevis et efficax per exempla."

1o. Une femme autorisée à ester en justice pourra-t-elle au cours du procès se désister de sa demande ?

Le désistement implique une renonciation à un droit ; or la femme n'a pas été autorisée à renoncer à son droit, mais au contraire, à le revendiquer en justice. Comment pourrait-elle accomplir deux actes diamétralement opposés, sous le couvert d'une seule et même autorisation ?

2o. Pourrait-elle transiger sur le montant de la demande ?

La transaction implique encore une renonciation à une partie de ses droits, or encore une fois, ce n'est pas pour renoncer que la femme a été autorisée, mais pour revendiquer ; de plus, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, (art. 1919, C.-C.). Or, la femme mariée est déclarée incapable aux termes de l'art. 986, de faire aucun contrat sans l'autorisation spéciale de son mari ; or l'autorisation spéciale du mari est à l'effet de lui permettre de réclamer un droit, et non pas d'en disposer au moyen d'une transaction intervenue entre les parties en cause.

3o. Pourra-t-elle interjeter appel ?

La réponse me semble encore facile ; l'appel est une nouvelle instance, et la femme qui a passé par les phases d'un premier procès, peut avoir intérêt a ne pas encourir les risques d'un second. Or c'est le mari qui doit veiller aux intérêts de la famille, c'est lui qui est juge, et qui connaît quels sont les véritables intérêts de sa femme.

L'inscription en appel produite par une femme mariée, non autorisée a cet effet, serait absolument nulle, le tribunal serait tenu à mon avis de renvoyer d'office une telle inscription, dans le cas où la partie adverse ne s'en prévaudrait pas, car la nullité résultant du défaut d'autorisation étant une nullité d'ordre public, le tribunal est tenu d'en prendre connaissance.

L'hon. juge Jetté commentant la doctrine de Merlin, qui en-

seigne que le jugement obtenu par une femme non autorisée peut être annulé, ajoute : " Nous irons plus loin et nous dirons que sous l'empire de notre code, non seulement le jugement pourrait être annulé, mais qu'il est radicalement nul." [1]

On objecte et on dit : L'art. 182 déclare que toute autorisation générale est nulle. Or en autorisant à faire commerce vous donnez une autorisation générale à faire plusieurs actes. Donc. Il est vrai que toute autorisation générale est nulle ; Mais le mari qui autorise sa femme à faire commerce, ne lui donne pas une autorisation générale dans le sens de l'art. 182 c. c.

C'est tout simplement une autorisation spéciale a faire commerce. Il est vrai d'autre part que la qualité de commerçant ne s'acquiert que par une suite d'actes commerciaux ; Car il est de l'essence du commerce que l'acte qui le constitue soit répété à plusieurs reprises.

Cette suite d'actes accomplis par la femme n'est qu'une conséquence de l'autorisation première du mari à sa femme, lui permettant de faire commerce.

Autrement l'autorisation du mari ne voudrait rien dire, si, d'un côté, il consentait à ce que sa femme prenne la qualité de commerçante et, de l'autre, il lui retirait l'autorisation voulue pour faire les actes qui la constituent vraiment marchande publique.

Si, comme le dit Massé, l'autorisation de faire commerce est un mandat, c'est un mandat qui est général dans sa spécialité et qui, embrassant tous les actes relatifs au commerce en général ou a un certain commerce en particulier, donne à la femme pour tous ces actes une capacité égale à celle de tout commerçant. Et plus loin, il enseigne que l'autorisation de faire commerce est d'une espèce toute particulière ; tandis que l'autorisation ordinaire est nécessaire à la femme pour la validité des

(1) Lamontagne *vs.* Lamontagne, M. L. R., 7 S. C., p. 162.

actes de la vie. L'autorisation de faire le commerce est un consentement anticipé donné par le mari pour tous les actes du commerce de la femme.

La première est toujours spéciale ; la généralité au contraire est le caractère distinctif de la seconde.

Section VI.

AUTORISATION JUDICIAIRE.

" Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement ou à passer un acte, le juge peut-il l'autoriser ?"

Il peut arriver qu'un mari, par caprice, par entêtement ou par passion, abuse de l'autorité dont la loi l'a revêtu, et refuse sans cause ni raison une autorisation justement sollicitée. La femme devra-t-elle dans ce cas, obéissance quand même, et renoncer aux droits qu'elle a intérêt d'exercer ?

La loi, en accordant au mari, la puissance sur sa femme, ne lui confère pas le droit d'abuser de cette autorité, et ce serait abuser que de refuser injustement une autorisation légitimement demandée. La loi vient au secours de la femme dans ce cas, et lui offre un remède efficace, dans l'appel au juge, de la décision arbitraire de son mari.

Le juge est le protecteur naturel des incapables, avons-nous dit, et c'est à ce titre que la loi lui accorde à défaut du mari tous les pouvoirs, pour habiliter la femme à passer tous les contrats civils, ou à exercer ses droits devant les tribunaux. Ainsi, le juge peut autoriser la femme :—

1o. Si le mari refuse sans raison.

2o. Si le mari est interdit ou absent.

On se demande, si par le mot " absent " le législateur a voulu dire, " absent " dans le sens de l'art. 86 C. C., ou simplement *non présent*. Les opinions sont fort partagées sur ce point.

En France, on estime que la femme peut être autorisée par le juge, du moment qu'il y a impossibilité pour elle, d'obtenir en

temps utile l'autorisation de son mari, car il peut arriver que le mari, sans être absent dans le sens de l'art. 86, se trouve dans une position, à ne pouvoir pas communiquer avec sa femme et lui accorder la protection qu'elle demande. Je crois que c'est là le véritable sans du mot " absent ", dans le cas qui nous occupe. Ce serait commettre une grave injustice à l'égard de la femme, que de l'exposer a voir ses intérêts compromis, et à souffrir de sérieux dommages, par le non exercice de ses droits en temps utile.

La question s'est soulevée dans une cause de Turcotte *vs.* Nolet, (1) de savoir si l'autorisation donnée par le juge à une femme mariée d'ester en justice, alors que son mari est aux Etats-Unis, dans un endroit inconnu, n'était pas contraire à la disposition de l'article 180 du Code Civil.

La cour de Révision à jugé que l'autorisation était bonne et valable, et que l'absence dont parle l'art. 180 C. C., n'est pas celle définie par l'article 86 et ne doit pas nécessairement en réunir les conditions.

C'est une question excessivement délicate, et le juge, avant d'exercer ce pouvoir que la loi lui accorde, devra-t-il se montrer très prudent, et prendre tous les moyens nécessaires pour se renseigner sur la vérité des faits allégués. Ce n'est que lorsqu'il aura la certitude qu'il y a " impossibilité complète d'obtenir l'autorisation en temps utile " que le juge, remplaçant alors le mari, pourra accorder l'autorisation requise.

Règle générale, chaque fois que le juge est appelé à donner l'autorisation, il doit d'abord s'enquérir :—

1o. Si le mari a été mis en demeure d'accorder son consentement.

2o. S'il l'a refusé.

3o. Quels sont les raisons du refus.

4o. S'il est de l'intérêt de la femme qu'elle soit autorisée.

(1) R. J. Q., 4 C. S., p. 438.

Quand il a pris connaissance de tous ces faits, il est suffisamment renseigné pour refuser à son tour, ou accorder l'autorisation qui doit habiliter la femme, et produire les mêmes effets que si elle émanait du mari, avec cette différence cependant, que le mari n'est pas responsable des frais encourus par sa femme commune en biens, qui contracte par autorisation de justice. (1)

Section VII.

CAS OU LA FEMME MARIÉE PEUT S'OBLIGER SANS AUTORISATION.

Ier. CAS.

Quand la femme s'est réservé par contrat de mariage, ou a obtenu par jugement la libre administration de ses biens.

IIème CAS.

Quand la femme a été autorisée à faire commerce, elle peut s'engager pour tous les actes relatifs à son commerce.

IIIème CAS.

Quand la loi lui accorde par une disposition spéciale, le droit d'agir seule. Ainsi la femme peut consentir au mariage de ses enfants, elle peut accepter pour eux une donation qui leur est faite pendant leur minorité.—arts. 119 et 789, C. C.

IVème CAS.

Quand elle fait des actes purement conservatoires, pourvu que pour les accomplir, elle ne soit pas obligée d'ester en justice. (2)

Veme CAS.

Quand elle est poursuivie en justice par son mari. On a dé-

(1) Augé *vs.* Daoust, R. J. Q., 4 C. S., p. 113.
(2) Cary *vs.* Ryland, 3 L. C. R., p. 132.

cidé dans ce cas que la femme est suffisamment autorisée à se défendre, par le fait que c'est le mari lui-même qui la met en cause, et lui ordonne de se défendre. (1)

VIème CAS.

Quand la femme est poursuivie sur accusation criminelle. On a jugé qu'une femme sous le poids d'une accusation criminelle n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre, car le mari en accordant ou en refusant son autorisation, ne saurait arrêter l'action de la loi, et en retarder l'exécution, de plus, la nécessité de la défense, dispense la femme de toutes formalités.

VIIème CAS.

Quand elle dispose de ses biens par testament; car la loi a voulu que le testateur ait la liberté pleine et entière de disposer de ses biens ; de plus le testament ne prenant effet qu'à la mort du testateur, n'enfreint pas la disposition qui commande à la femme de requérir l'autorisation de son mari avant de disposer de ses biens, le lien conjugal étant rompu par la mort de sa femme, la puissance maritale n'existe plus, et par suite l'autorisation du mari n'a plus sa raison d'être.

VIIIème CAS.

Quand la femme achète des choses nécessaires à sa vie,et à celle de ses enfants, le mari est responsable des dettes qu'elle contracte dans ce but, car l'obligation qu'elle contracte est faite pour et au nom du mari, qui y est tenu par la loi, et qui néglige ses devoirs. "Quia disait Du Moulin, mulier non recepit adsuum commodum et utilitatem, sed ad commodum viri, qui adhoc tenebatur, et factus est dormiens" ; et plus loin il ajoute : " Nec facta est vera acquisitio mulieri, quia vir tenebatur de suo

(1) Sansfaçon *vs.* Poulin, 13 Q. L. R., p. 53.

vestire secundum statum" ; c'est à dessein que Dumoulin spécifie : " Secundum statum " selon son état.

Il est évident que le mari ne serait pas tenu de payer les extravagances d'une femme qui, pour satisfaire ses penchants naturels vers le luxe, vivrait au delà de ses moyens.

Il faut, pour que l'obligation vaille, que l'achat soit de choses nécessaires et utiles à la vie.

" L'obligation de la femme, dit le Président Lamoignon, faite sans autorisation du mari.... de victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises de draps, lingers et autres effets suivant l'usage nécessaire et ordinaire de la vie, est valable."

" Tant qu'il n'y a pas de preuve de mauvais usage, poursuit Lebrun, on condamne le mari à acquitter les créances de marchands, qui ont avancé les choses nécessaires à la vie, pour la subsistance et l'entretien du mariage, la femme étant réputée procuratrice pour telles emplettes. Autrement, le mari abuserait lui-même du crédit qu'il procure à sa femme

Nos tribunaux à plusieurs reprises ont appliqué les mêmes principes, notamment dans les causes de Paquette *vs.* Limoges, (1) ; de Cholet *vs* Duplessis, (2) ; et tout dernièrement encore dans une cause de Morgan *vs* Bartels. (3)

IXème CAS.

La femme peut en vertu d'une disposition spéciale du statut, déposer à son crédit à la banque d'Epargne du district de Montréal, une somme d'argent jusqu'au montant de deux mille dollars, pour pouvoir en jouir à sa fantaisie, et en retirer les intérêts.

(1) VII, L. C. J., p. 30.
(2) XII, L. C. J., p. 303.
(3) R. J. de Q., vol. XII, p. 125.

CHAPITRE II.

DE LA FEMME MARIÉE MARCHANDE PUBLIQUE.

SOMMAIRE.

1o. Dispositions générales.—2o. La femme qui contracte, engage-t-elle les biens de son mari ?—3o. Le juge peut-il suppléer a l'autorisation du mari ?—4o. Qualités de la femme mariée marchande publique.—5o. Peut-elle hypothéquer. Peut-elle s'associer un tiers ?

La seule formalité que la loi impose à la femme mariée pour devenir marchande publique, c'est l'autorisation de son mari. Cette autorisation ne vaut, que dans les limites du commerce de la femme ; pour tout acte en dehors du négoce, il faut à la femme une autorisation spéciale.

Il ne faut pas confondre l'autorisation civile, qui nécessite le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, avec l'autorisation commerciale, qui résulte de circonstances ou de tout fait démontrant que le mari a consenti à habiliter sa femme.

Dès qu'il est évident que le mari a eu connaissance du négoce qu'exploite sa femme, v. j. s'il loue pour elle un établissement, ou s'il l'assiste dans son magasin, la femme est suffisamment autorisée à continuer l'exploitation de son industrie.

Ce que nous avons dit de la nécessité de l'autorisation en matière civile, trouve aussi son application en matière commerciale. Ce n'est point à raison de son sexe, ni de son manque d'intelligence que la femme marchande est incapable d'agir seule, car l'on rencontre souvent chez la femme des qualités et des talents que l'on chercherait en vain chez le plus habile commerçant.

Le respect et l'obéissance que la femme doit à son mari, exigent d'elle, qu'elle ait au moins l'autorisation de celui qu'elle

s'est choisi pour compagnon et conseiller naturel, avant de s'engager dans une voie nouvelle et remplie de difficultés.

Le mari peut, s'il y à cause, retirer son autorisation ; alors la femme perd sa qualité de marchande publique, et le juge ne saurait dans ce cas suppléer au défaut d'autorisation. Il est évident que sans le consentement du mari, elle ne peut pas plus rester commerçante, que le devenir.

Dans le cas où les époux sont communs en biens, le mari peut toujours retirer son autorisation ; la raison de ce droit absolu du mari se comprend facilement, le mari étant le chef de la communauté, est responsable des dettes que contracte sa femme avec son autorisation, et supporte toutes les charges de la communauté. Lui seul est donc juge de la conduite qu'il doit tenir, et personne ne peut le forcer à accepter plus longtemps la responsabilité et les risques qu'il encourt, par les incertitudes du commerce qu'exerce sa femme. La femme commune en biens sur le refus d'autorisation, n'a qu'une chose à faire, liquider ses affaires, et rentrer docilement au foyer, et vaquer aux soins du ménage et de sa famille, qu'elle n'aurait bien souvent jamais dû abandonner.

Règle générale.—La femme mariée qui fait commerce, engage ses biens, quelque soit le régime sous lequel elle s'est mariée. (1)

Section I.

ENGAGE-T-ELLE AUSSI LES BIENS DE SON MARI ?

Distinguons.

1o. Si les époux sont séparés de biens, le mari n'est pas responsable des dettes de sa femme.

2o. S'ils sont communs en biens, le mari est tenu des dettes de sa femme.

(1) Renaud et Brown, R. J. C. S., vol. XII, p. 237 ; Rodière et Pont, No 804, du mariage; Alauzet, vol. I, p. 433, No 304. Inglis *vs* O'Connor. R. J. O. vol. 3. p.88.

L'article 1272 du Code Civil déclare en effet que tout le mobilier que les époux acquierrent pendant le mariage, tombe dans la communauté. Or les bénéfices réalisés par la femme dans son commerce sont par nature biens-mobiliers. Donc ils tombent dans la communauté, et nous savons que le mari est le seul seigneur et maître de la communauté, donc il est responsable suivant le vieil adage qu'en matière de communauté, le " tablier de la femme oblige le mari."

3o. S'il y a exclusion de communauté, le mari a le droit de jouir de tous les biens de sa femme, et de percevoir le mobilier qui advient à la femme pendant le mariage. Il est le maître des revenus des biens de sa femme. S'agit-il cependant du mobilier perçu pendant le mariage, le mari est tenu de le restituer à sa femme ou à ses héritiers, au cas de séparation judiciaire, ou de dissolution du mariage. Il est l'usufruitier des biens de sa femme. Ainsi sous ce régime, les bénéfices réalisés par la femme dans son commerce appartiennent au mari. Il devrait donc être responsable des dettes ; cette conséquence cependant n'est pas admise. Le sentiment des auteurs n'est pas unanime sur ce point; les opinions sont partagées. Trois doctrines sont enseignées en France.

Première opinion.

1o. Certains auteurs considèrent les bénéfices de la femme, réalisés dans son commerce, comme des revenus. Or si le mari est usufruitier des revenus de sa femme, il n'est pas tenu d'en rendre compte ; donc, disent ces auteurs, il n'est que juste qu'il soit tenu de payer les dettes puisqu'il retire tous les profits. (1)

Deuxième Opinion.

2o. D'autres soutiennent au contraire, que les bénéfices ne sont

(1) Delvincourt, T. 1, p. 147 ; Duranton, vol. 12, No 256 ; vol. 15, No 295 ; Bédarride, No 132 et suivants, Drt. Com :

pas des fruits, mais un mobilier. Or, le mari qui perçoit un mobilier, est obligé d'en rendre compte ; de-là, ils concluent que les créanciers commerciaux de la femme, ont le droit de poursuivre le mari pour le paiement de leur créance ; mais le mari qui paie a le droit, quand il rend compte du mobilier, de se rembourser de ce qu'il a payé. [1]

Troisième Opinion.

3o. D'autres enfin prétendent que le mari n'est aucunement responsable des dettes que sa femme contracte dans l'exercice de son commerce. Car le mari, disent-ils, étant usufruitier des biens de la femme, détient ce mobilier en vertu d'un droit qui lui est propre; et de même que l'usufruitier n'est pas tenu des dettes du nû propriétaire, le mari ne saurait être obligé d'acquitter celles de sa femme marchande publique.

Cette opinion me paraît plus acceptable. Comment en effet pourrait-t-on tenir le mari responsable des dettes de sa femme ? De ce qu'il retire les profits réalisés, il ne s'en suit pas qu'il doive supporter les charges du commerce. S'il retire les profits, c'est en vertu de la loi qui lui permet de le faire ; il ne serait pas juste de le tenir responsable par le fait seul qu'il aurait joui d'un privilège que la loi lui accorde. De plus l'article 179 du Code Civil ne reconnaît l'obligation du mari pour la dette de sa femme qu'en autant qu'il y a communauté entre eux ; " elle oblige son mari, s'il y a communauté entre eux." Or, quand les époux prennent la précaution, de spécifier dans leur contrat de mariage, qu'il n'y aura pas de communauté entre eux, pourrait-t-on tenir le mari responsable d'une obligation que la loi déclare ne devoir être exigible à l'égard du mari, que dans le cas de communauté ? Je ne crois pas, et je partage entièrement le sentiment de Toullier, [2] et de Bravard, [3] qui tous deux enseignent

(1) Pardessus No 68 ; Molinier, No 183 ; Massé, No 1131.
(2) T. 12, No 254.
(3) Vol. I, p. 100 et suivantes.

que dans le cas d'exclusion de communauté, toute cause de co-obligation disparaissant, le mari est déchargé de toute obligation.

Section II.

LE JUGE PEUT-IL SUPPLÉER A L'AUTORISATION DU MARI ?

Les articles 178-180 C. C. posent comme règle que l'autorisation judiciaire peut toujours remplacer celle du mari ; mais au point de vue du droit commercial, cette règle est fort discutée ; La divergence d'opinions a fait naître trois systêmes :—

Ier Systême.

Le juge ne peut jamais remplacer l'autorisation du mari, même dans le cas de folie, ou d'absence de ce dernier. Cette opinion me paraît trop rigoureuse et trop absolue.

IIème Systême.

L'autorisation judiciaire peut toujours remplacer celle du mari, excepté dans le cas de communauté.

Cette opinion me semble encore trop absolue, car le mari peut avoir ses raisons pour refuser son autorisation ; les partisans de ce systême semblent vouloir accorder au juge le droit de passer outre, et de contrecarrer les vues du mari. C'est donner au juge un pouvoir qu'il n'a pas, celui de s'immiscer dans les affaires de la famille ; cette opinion est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

IIIème Systême.

L'autorisation judiciaire ne peut pas remplacer celle du mari ; cependant si le refus du mari n'est pas motivé, et qu'il y va de l'intérêt de sa femme et de sa famille, le juge pourra alors autoriser la femme à faire commerce, (sauf le cas de communauté où le juge n'a aucun pouvoir.)

Ce système me paraît plus rationel ; il apporte un tempérament à la rigueur et à l'absolutisme des deux premiers. C'est le système généralement adopté de nos jours. Le savant juge de Lorimier dans une cause de Roberge et Loyer, trouvant sans doute ces principes conformes au bon sens et à la justice, a permis à la demanderesse dans cette cause de se constituer marchande publique, et d'exploiter son industrie.

Section IV.

QUALITÉS DE LA FEMME MARIÉE MARCHANDE PUBLIQUE.

La femme mariée pour faire commerce doit :—

1o. Obtenir l'autorisation de son mari, ou du juge s'il y a lieu;

2o. Faire enrégistrer au greffe, sa déclaration de société, et sa raison sociale dans les 60 jours, sous peine d'une amende de $200.00 ;

3o. Faire un commerce différent de celui de son mari ;

4o. Avoir des intérêts distincts et séparés de ceux de son mari.

La raison des deux dernières qualités de la femme mariée marchande publique est facile à comprendre.

Les articles 1265 et 1301 C. C. qui défendent aux époux de s'avantager entre vifs pendant le mariage, et rendent nulle l'obligation conjointe du mari et de la femme, enlevent tout doute, et semblent décider la question. Quelle plus belle occasion, en effet, les époux auraient-ils de frauder la loi et de se mettre à l'abri de leurs créanciers ? Le législateur n'a pas voulu laisser [illegible] toute grande ouverte, aux fraudes et à l'injustice [illegible] pour la même raison de former entre eux une société [illegible]loitation d'une même industrie.

La femme mariée marchande publique peut-elle ester en justice sans autorisation ? Généralement non, car la femme mariée tombe dans la catégorie des incapables.

Cependant si elle est séparée de biens, elle le peut, pour ce qui regarde l'administration de ses biens. Ce n'est pas en qualité de marchande publique, mais en tant que femme mariée séparée de biens en vertu de l'article 176 C. C. qu'elle peut revendiquer ses droits devant les tribunaux.

Il me semble cependant que le mari en autorisant sa femme à faire commerce a voulu en même temps lui faciliter les moyens de revendiquer au besoin ses droits lésés, et que la femme en vertu de son autorisation générale de faire commerce peut recourir à la justice, y exposer ses griefs et faire valoir ses prétentions, pourvu toutefois que le point en litige soit en rapport avec le genre de commerce qu'elle exerce. Je crois que c'est là le véritable sens de l'article 179 du Code Civil.

PEUT-ELLE HYPOTHÉQUER ?

L'article 179 du Code Civil veut que la femme séparée de biens, marchande publique, conserve l'administration de ses biens et puisse s'obliger pour les fins de son commerce.

La faculté de s'obliger ne comprend pas celle d'aliéner, or hypothéquer, c'est aliéner ; puisque, si à la date mentionnée dans l'acte créant l'hypothèque, le montant n'est pas payé, l'immeuble sera vendu pour en acquitter le prix et passera en d'autres mains.

En France, l'article 7 du Code de Commerce accorde cette capacité à la femme, excepté pour ses immeubles dotaux.

Ici nous n'avons aucune disposition spéciale à cet effet.

Je crois, me basant sur l'opinion des auteurs qui ont écrit sous l'ancien droit, que la règle générale posée par l'atricle 177 C. C. qui défend à la femme mariée de donner, d'aliéner, de disposer de ses biens sans l'autorisation de son mari, doit s'appliquer dans toute sa rigueur, et que la femme mariée même mar-

chande publique, devra, pour hypothéquer valablement ses immeubles, se procurer une autorisation spéciale de son mari. (1)

On a jugé que :

A married woman although separated as to property and having the "*administration de ses biens*" cannot without the express authority of her husband validly do any act tending to affect and hypothecate her real and immoveable property.

LA FEMME MARIÉE PEUT-ELLE ÊTRE MANDATAIRE ?

L'art. 708 de notre Code Civil répond parfaitement à cette question : " La femme mariée qui exécute le mandat qui lui est confié oblige son mandant, mais il ne peut y avoir d'action contre elle suivant les dispositions contenues au titre du mariage. Ainsi si la femme est autorisée par son mari à accepter, elle en encourt toute la responsabilité du mandataire ordinaire.

Si elle agit sans autorisation, elle oblige son mandant vis-à-vis des tiers, car vis-à-vis des tiers la capacité du mandataire est indifférente ; qu'il soit capable ou non de contracter, peu importe, tant pis pour le mandant qui dans ce cas perd tout recours contre son mandataire. Ce qui faisait dire à Tarrible que l'exécution du mandat entraîne à sa suite une obligation respective dont la solidité est subordonnée à certaines conditions. Si le commettant a fixé son choix sur un mineur, sur une femme mariée ou sur toute autre personne qui n'avait pas la libre faculté de s'engager, il n'aura de reproches a faire qu'à sa propre imprudence, et les obligations qui sont à la charge du mandataire demeureront soumises à la nullité, ou à la restitution inséparable des engagements contractés par les personnes de cette classe.

" Mais, continue Troplong, si l'on vient à réfléchir sur le droit donné à une femme mariée d'accepter un mandat sans l'autorisation de son mari, on éprouve quelques scrupules sur une disposition législative qui semble blesser le respect dû aux

(1) Rouville *vs* The Commercial Bank, R. de L. 406.

nœuds du mariage, et favoriser l'indicipline de la femme." Et répondant de suite à l'objection, l'auteur ajoute : " Ne l'oublions pas, la loi frappe de nullité toutes les obligations personnelles que la femme pourra contracter par suite de l'exécution du mandat ; dès lors les inquiétudes disparaissent et l'on est forcé de reconnaître que notre article a concilié convenablement la liberté du mandat avec les devoirs de la femme mariée. Le mandant exposé à toutes les chances d'un contrat boiteux ne les affrontera pas facilement. Il ne sera pas tenté surtout de s'en servir pour troubler l'harmonie du mariage." (Troplong p. 323, " mandat ".)

Code Nap., Art. 1990.

Il est donc admis que la femme, en général, peut être mandataire, et elle oblige son mandant dans tous les cas ; elle seule peut invoquer son incapacité de mineure ou de femme mariée, pour se décharger de toute responsabilité.

Quant à la femme mariée munie de l'autorisation, elle peut accepter n'importe quel mandat, et en remplir toutes les charges.

Elle peut aussi être la mandataire de son mari, et l'obliger pour tous les actes de sa gestion.

" S'il était prouvé, dit Pothier, que la femme d'un marchand est dans l'usage de signer, au su de son mari, des lettres de change pour son mari qui peut-être ne sait pas écrire, sa signature en ce cas serait valable, mais ce ne serait pas elle qui serait censée contracter, et qui s'obligerait, ce serait le mari qui serait censé contracter par le ministère de sa femme."

Pothier (" Du Contrat de change No 28.")

La femme peut donc gérer la communauté, il n'y a rien de dérogatoire à la stabilité du contrat de mariage, et à la dignité de mari. Car la femme n'administre pas, comme chef de la communauté, mais simplement au lieu et place du chef véritable, qui est le mari, et qui peut à chaque instant reprendre ses droits de seigneur, en révoquant le mandat qu'il avait confié à sa femme.

Ici se présente la question de savoir si la femme qui a agit comme mandataire de son mari, est tenue de lui rendre compte ?

Les auteurs, conformément a la doctrine généralement suivie aujourd'hui, enseignent que la femme dans ce cas n'est pas astreinte à cette formalité. Car, disent-ils, la femme n'est point une mandataire ordinaire, elle est en effet soumise à l'autorité maritale, et le mari a le devoir de la protéger contre son inexpérience. Or on ne comprendrait pas que le mari investi de ce rôle de protection et de tutelle pût rendre sa femme responsable de faute qu'il devait l'empêcher de commettre.

Elle n'est pas tenue de rendre compte comme mandataire ordinaire avec pièces justificatives ; seulement elle ne doit pas s'enrichir aux dépens de son mari, ni de la communauté ; elle devrait rendre compte de tout ce dont elle aurait profité dans l'exécution de son mandat.
l'exécution de son mandat. (1)

LA FEMME MARIÉE PEUT-ELLE DONNER A SON MARI UN MANDAT GÉNÉRAL D'ALIÉNER OU D'HYPOTHÉQUER SES IMMEUBLES ?

Deux articles publiés dans la *Revue légale*, (N. S. Vol. II, p. 445, 559) nous dispenseront de discuter au long cette question.

Nous nous contenterons de donner un résumé des deux opinions soutenues avec beaucoup de talent et de chaleur. En voulant ajouter aux arguments apportés de part et d'autre au soutien de la thèse, nous ne ferions que des redites. Aussi nous laissons à nos distingués confrères tout le mérite de leur travail et de leurs recherches, sans rien y ajouter.

Pour l'affirmative :

M. Langelier (aujourd'hui juge de la Cour Supérieure) soutient qu'il n'y a rien d'illégal dans le mandat général que donnerait une femme à son mari d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles.

(1) Cassation 1853—Sucy, 53, I, 425.—Dallos, 53, I, 33.—Laurent, XXII, No 162.—Rodière et Pont, II, No 791.

1o La femme a donné la procuration avec l'autorisation de son mari, le mandat qu'elle comporte est parfaitement valable, car les actes que fait une femme mariée autorisée de son mari ont une même valeur que ceux que ferait une fille ou une veuve, et il n'y a aucun doute qu'une fille ou une veuve pourrait parfaitement donner un semblable mandat.

2o On ne peut pas prétendre que le mari qui est muni de la procuration, et qui fait ces actes pour sa femme les fait sans autorisation, car d'après notre droit actuel l'autorisation maritale ne se donne plus dans une forme sacramentelle comme autrefois ; pour qu'une femme soit suffisamment autorisée à faire un acte, il suffit que le mari y concourre, ou qu'il y ait consenti par écrit (Code Civil, Art., 177.)

Or comment pourrait-on dire que le mari ne concourt pas dans un acte, lorsque c'est lui qui le fait comme dans le cas que nous examinons, et l'auteur conclut de là que les aliénations et constitutions d'hypothèques faites par le mari sont parfaitement valables.

Pour la négative :

M. L.-P. Sirois, notaire, se prononce pour l'incapacité de la femme mariée de donner un mandat général de disposer de ses immeubles.

1o La femme ne peut disposer de ses biens qu'avec l'autorisation de son mari ou d'un juge. (Art. 176, 177, 178, 180, C. C.)

2o L'art. 181 C. C. déclare que toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration de la femme.

3o L'art. 1424 C. C. consacre le même principe disant : que toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle, l'autorisation doit donc être spéciale c'est-à-dire pour chaque cas particulier, chaque constitution d'hypothèque ou chaque aliénation.

4o Si la femme ne peut faire un acte sans autorisation spéciale, elle ne peut pas donner mandat de faire ce même acte sans cette autorisation.

5o La femme ne peut donner mandat que dans les limites de sa capacité ; elle ne peut donc donner qu'un mandat spécial quand il s'agit d'actes de dispositions, et l'auteur conclut de là que le mandat général d'emprunter ou de vendre ses immeubles donné par la femme à son mari n'a aucune valeur égale.

A l'appui de son opinion, l'auteur cite un arrêt de la Cour de Cassation, où l'on décide que la femme n'ayant figuré dans les dits emprunts contractés par son mari que comme mandante, c'est comme mandataire qu'elle était autorisée ; or cette autorisation était nulle et la nullité de l'autorisation entraînait la nullité du mandat et par suite la nullité de tous les actes que le mari avait faits en vertu du mandat. (1)

M. Langelier, dans sa réponse, admet qu'il professe une doctrine contraire aux enseignements de la majorité des auteurs français ; mais, dit-il, les autorités citées sont sans valeur parce que notre droit sur l'autorisation maritale est essentiellement différent du droit français moderne. En France, l'autorisation maritale a pour objet de protéger la femme mariée contre son inexpérience. On l'assimile au mineur et ses actes non autorisés ne peuvent être attaqués que par elle, et seulement s'ils lui sont préjudiciables. Chez nous au contraire, on ne traite pas la femme comme si elle perdait la tête en se mariant, et l'on suppose qu'elle a autant de capacité pour les affaires qu'avant son mariage. Si elle a besoin de l'autorisation de son mari, ce n'est pas parce qu'on veut la protéger, mais parce qu'on veut la forcer ainsi à respecter l'autorité maritale.

Aussi ses actes non autorisés sont nuls aussi bien lorsqu'ils lui sont avantageux que lorsqu'ils lui sont préjudiciables, et ils peuvent être attaqués non seulement par elle, mais par tous ceux qui y ont intérêt. Ceci répond, continue l'auteur, au principal argument des autorités françaises modernes en faveur de

(1) 18 mars 1840, Dalloz V° Mariage, No 853. Voir aussi: Laurent 27-Nos 396, 402, 413, 416, 417.—Aubry et Rau IV., p. 641.—Aubry et Rau, V., pp. 153, 154.—Morcadé VIII. 906.—IV de Molombe, 210.

l'opinion de M. le notaire Sirois, que si l'on permettait à une femme de faire aliéner ou grever d'hypothèques ses immeubles en vertu d'une procuration générale de son mari, cela l'exposerait à être ruinée.

Quoi qu'il en soit de ces deux opinions fort respectables, nous n'avons pas à nous prononcer. A chacun de suivre le système qui lui paraît le plus acceptable en même temps que le plus rationel. Le point n'a jamais été soulevé devant nos tribunaux, du moins je ne sache pas qu'il y ait sur ce point de décisions suffisamment nombreuses pour établir une jurisprudence. Je dois dire que nos rapports judiciaires ne font mention d'aucun précédent *ad rem* capable de nous éclairer sur ce point.

UNE FEMME MARIÉE PEUT-ELLE ÊTRE ARBITRE.

Pour répondre à cette question concernant la femme mariée, il convient de s'enquérir d'abord si la femme, en général, peut exercer les fonctions d'arbitre.

L'histoire des temps anciens nous rapporte plusieurs cas où l'on n'a pas craint de confier à une femme le soin de décider des différends survenus tant particuliers qu'entre peuplades voisines.

Merlin (p. 184) a retracé plusieurs exemples entre autres celui d'Homère nous représentant Aréthuse, femme du roi Alcinous, terminant par sa sagesse tous les différends qui s'élevaient entre les sujets de son mari ; ou encore, celui d'Apollonius de Rhodes nous décrivant deux guerriers se soumettant à l'arbitrage d'une femme, avec promesse de s'en tenir à sa décision ; ou encore, celui de Tacite nous assurant qu'une fille du nom de Vélida fut prise un jour pour arbitre, entre deux peuplades voisines.

Quoi qu'il en soit, à Rome l'on n'avait pas cru bon de tenir compte de ces précédents, et Justinien, toujours fidèle aux principes et à la sagesse de la loi romaine qui interdisait aux femmes

l'accès aux fonctions publiques, défendit formellement de prendre des femmes pour arbitres, et déclara que leur sentence serait considérée comme non avenue, si, contrairement au désir de la loi, elles se permettraient de décider de quelque différend.

En France les opinions sont partagées ; l'on trouve :

Pour l'affirmative : Merlin (Question de Drt V° arbitrage).
Cubain, (Drt des Femmes No 684.)
Chauveau, No 3260.
Boitard, T, 2, No 1183.
Bioche, V° arbitrage No 205.
Pour la négative : Carré 3260.
De Vatimesnil V° arbitrage.
Rodière, T. II, p. 505.
Dalloz, V° arbitrage.
Pigeau, T. II, pp. 7, 8.
Massé.

Boitard, No 1184, exprime l'opinion que rien ne s'oppose à ce qu'une femme soit choisie comme arbitre.

Larbitre, dit-il, ne tient pas son autorité du juge, mais du consentement et de la volonté des parties.

Si les parties intéressées veulent confier le sort de leur différend à une femme, ceci les regarde. Il est bien vrai que la décision une fois rendue est finale, et devient un véritable jugement, mais, selon Boitard, ce n'est pas la volonté de l'arbitre, que le juge homologue, mais bien celle des arbitres eux-mêmes qui ont voulu se soumettre à la décision de l'arbitre qu'ils ont eux-mêmes choisis.

M. Carré ne fait pas de doute sur l'incapacité de la femme d'agir comme arbitre, dans le cas d'arbitrage forcé.

S'agit-il, au contraire, de l'arbitrage volontaire, il semble hésiter : " Si deux femmes étaient en procès, dit-il, pourquoi leur défendre de se faire concilier par une personne qui seule pourrait connaître le cœur de celles qu'un rien peut-être diviserait, et qu'un mot ramènerait à la raison. La raison de l'ordre

public n'existe pas, contraire, un procès est terminé, et l'ordre public y gagne."

Massé (No 1142) au contraire enseigne que les arbitres volontaires remplissent une sorte de magistrature, et faisant l'office de juge à tel point que leur sentence, une fois revêtue de l'ordonnance d'Exequatur, est un véritable jugement soumis à la voie de l'appel comme les jugements des tribunaux ordinaires ; une femme ne peut être appelée à remplir ces fonctions essentiellement viriles.

" Et si l'on me demandait, continue l'auteur, sur quelle loi je me fonde pour repousser les femmes de l'arbitrage, je me demanderais sur quelle loi on se fonde pour les repousser des fonctions publiques.

" Je ne crois pas qu'il y ait une seule loi qui se soit formellement expliquée à cette égard.

" C'est un point de droit public sous-entendu dans la loi parce qu'il est écrit dans les mœurs."

Notre code de procédure ne fait aucune mention de l'arbitrage des femmes. Il résulte de l'ensemble des dispositions concernant cette matière, que le législateur par son silence a voulu réserver aux hommes seuls le privilège de participer à l'administration de la justice, en leur confiant à eux seuls le droit de juger des droits et des torts de leurs concitoyens.

Ce n'est certes pas parce que la femme est dépourvue des qualités requises dans un bon juge, que sa science est moins profonde, son jugement moins sain, qu'on lui défend d'accepter la charge d'arbitre ; ce serait lui faire injure que d'ignorer chez elle les nobles qualités du cœur et de l'esprit qui font qu'on la distingue entre tous, et qui seraient souvent la plus sûre garantie de la sagesse et de l'équité des décisions qu'elle serait appelée à rendre. On a pensé avec raison qu'il répugne à la pudeur du sexe, au vœu de la nature, et à la bienséance, de permettre aux femmes de se mêler ainsi aux fonctions publiques.

Si l'exclusion s'applique au sexe en général, il est inutile d'a-

jouter que la femme mariée que des devoirs particuliers rattachent au foyer, sera aussi exclue de ces fonctions.

Si, d'un autre côté, on admet la femme à la charge d'arbitre la femme mariée devra, avant de l'accepter, se munir de l'autorisation de son mari.

PEUT-ELLE S'ASSOCIER UN TIERS.

Le mari, en autorisant sa femme à faire commerce, entend bien rendre sa femme responsable de ses actes personnels ; mais peut-on dire que l'autorisation va si loin que de permettre à sa femme de s'engager pour des actes commis par des tiers ; puisque dans une société commerciale, les associés sont conjointement et solidement responsables des dettes de la société, la femme serait donc tenue au même dégré que son associé. Je ne crois pas que le mari a voulu étendre son autorisation jusqu'à ce point. Il y a plus, les convenances, pour ne pas dire la morale, exigent que le mari ait son mot à dire dans la formation d'une telle société ; il faudrait donc à la femme, une autorisation, toute spéciale de son mari, autorisation, que la justice ne pourra jamais remplacer.

PEUT-ELLE VENDRE SES IMMEUBLES POUR LES FINS DE SON COMMERCE ?

Certains auteurs ont enseigné que les immeubles pouvaient être l'objet d'actes commerciaux. Cette opinion n'a pas prévalu, car les immeubles ne sont pas susceptibles d'un prix courant, et leur mode de transport est trop long et l'idée du commerce suppose celle de transport rapide et de circulation.— Girard et Trudel 21 jurist. 295.

Pardessus définit l'acte de commerce : " Toute négociation qui a pour objet d'opérer ou de faciliter un échange des produits de la nature ou de l'industrie, à l'effet d'en tirer quelques profits."

Or, un immeuble n'étant un produit ni de la nature ni de l'industrie, ne rencontre donc pas les conditions voulues pour constituer un acte de commerce. Par conséquent la vente que la femme ferait d'un immeuble, dépasserait les limites des actes commerciaux qu'elle est autorisée de faire pour conserver sa qualité de marchande publique, et serait frappée de nullité si elle n'est revêtue de l'autorisation spéciale du mari donnée dans ce but.

CHAPITRE III.

DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

SOMMAIRE.

1o. Le défaut d'autorisation rend l'acte nul. La doctrine en France, sous notre Code.—2. L'autorisation donnée après coup a-t-elle quelque valeur ? Jurisprudence.

Section I.

L'acte fait par la femme mariée non autorisée, est-il absolument nul, ou simplement annulable ?

Ce qui distingue un acte nul, d'un acte annulable, c'est que la nullité du premier peut être invoquée par toutes sortes de personnes ; tandis que pour le second, il n'y a que ceux en faveur de qui cette nullité est prononcée qui peuvent l'invoquer.

Le Code Napoléon, par l'article 225 C. C., fait du défaut d'autorisation une nullité relative, dérogeant en cela à la doctrine professée sous l'ancien droit.

" La nullité fondée sur défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers."

Commentant cet article du Code Napoléon, Toullier [1] s'exprime comme suit : " La nullité qui résulte du défaut d'autorisation n'est plus comme dans l'ancienne jurisprudence, une nullité radicale et absolue ; ce n'est qu'une nullité relative qui ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou leurs héritiers."

Quoi qu'il en soit de la doctrine suivie en France de nos jours, la question ne saurait présenter de difficultés en face de la disposition formelle de notre article 183 du Code Civil.

" Le défaut d'autorisation du mari dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont peuvent se prévaloir tous ceux qui ont un intérêt né ou actuel ;" par ces mots " intérêt né ou actuel " on entend généralement, tous les droits ouverts, quoique l'époque de leur exigibilité soit encore incertaine.

On a agité la question de savoir, si l'autorisation donnée après coup, peut valider l'acte.

En France, on décide dans l'affirmative. Ici, la jurisprudence est en sens contraire ; l'acte est nul "ab initio" et l'autorisation que le mari donnerait, ne vaudrait que comme autorisation donnée à un nouveau contrat ; l'acte ne pourrait être bon que pour l'avenir.

Comme on disait autrefois, l'acte ne vaut pas " ut ex tunc ", mais " ut ex nunc ", c'est-à-dire que l'autorisation donnée après coup ne produit pas d'effet rétro-actif au moment du contrat, mais ne rend le contrat valable que pour l'avenir, à compter du jour où cette autorisation a été donnée.

" Il est de principe, disait l'hon. juge Jetté, en rendant le jugement dans la cause de Lamontagne *vs* Lamontagne, [2] que l'autorisation du mari ne peut se donner qu'à deux époques déterminées ; avant ou au moment même de l'acte que le mari au-

(1) No 661.
(2) Rapportée au 7ème vol. M. L. R., C. S., p. 162.

torise ; l'autorisation doit donc être antérieure ou concomitante ; postérieure, elle est sans effet."

La cour Suprême, dans la cause de Boyce *vs.* The Phœnix Montreal Life Insurance Co., consacra les mêmes principes, et déclara absolument nul, l'engagement pris par une femme mariée, sans avoir reçu, au préalable, l'autorisation de son mari.—(14 Supreme Court, Rep. p. 723.)

Le mot " ne peut ", dit Dumoulin, ôte toute puissance de droit et de fait ; il en résulte une nécessité précise de se conformer à la loi, et une impossibilité de faire ce qu'elle défend.—(Merlin *vs.* Nullité, p. 6 et 7.)

Or, l'article 177 du Code Civil, qui défend à la femme de s'obliger, dit : "La femme *ne peut* contracter sans le concours de son mari ; et plus loin, l'article 183 du Code Civil ajoute : " Le défaut d'autorisation comporte une nullité que rien *ne peut* couvrir."

Il résulte, de l'ensemble de ces deux dispositions, que la nullité qui y est prononcée est absolue.

" Quod ab initio nullum est, confirmari nequit," l'acte est sensé n'avoir jamais existé, et par conséquent ne peut être susceptible de confirmation.

Conclusion.

Ce n'est donc pas, comme on peut le constater par ces quelques explications, à raison de la faiblesse du sexe que la femme est soumise à l'autorisation maritale, mais bien à cause du respect et de la soumission qu'elle doit à l'autorisation de son mari. Cette autorisation maritale, dit Massé, n'est que la suite d'une infériorité relative qui, dans l'association conjugale, a naturellement fait atribuer le pouvoir et la suprématie à celui qui était présumé le plus fort.

Placé par le Créateur dans cet Univers où tout lui était soumis, doué par la Providence de qualités spéciales, l'homme fut

de tout temps reconnu comme Seigneur et Maître de la société qu'il est appelé à fonder ; à lui appartient le droit de commander et de diriger ceux qui dépendent de lui, à lui aussi d'en porter la responsabilité.

Ce n'est pas à dire que l'individualité de la femme disparaisse pendant le mariage, non pas ; mais comme on l'a fort bien dit quelque part, " elle sommeille tant qu'existe à ses côtés une administrateur de sa personne et de ses biens."

Remarquons que ce que nous avons dit de la nécessité de l'autorisation maritale, s'applique à toute femme mariée, même à la femme séparée de corps ; car la séparation de corps, ne brisant pas le lien conjugal, ne relève pas la femme de son incapacité.

L'incapacité de la femme commence avec l'union conjugale, et finit avec elle.

DEUXIÈME PARTIE.

CHAPITRE I.

I.—Incapacité.

DES INCAPACITÉS SPÉCIALES DES ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE.

" *Les époux ne peuvent s'avantager entrevifs pendant le mariage.*"

SOMMAIRE.

1o. A Rome, en France, Droit Canadien.—2o. La défense faite aux époux de s'avantager entrevifs pendant le mariage, est-elle absolue ?—3o. La femme peut-elle payer les dettes de son mari —4o. Peut-elle renoncer à son hypothèque en faveur de son mari.—Jurisprudence.—" Les époux ne peuvent s'avantager entrevifs pendant le mariage."

Parmi les diverses modifications apportées à l'état et à la capacité des époux, pendant le mariage, sous l'empire de nos lois, il en est trois qui doivent attirer plus spécialement notre attention, parce qu'elles sont les plus importantes en même temps que les plus radicales :

1o. Les époux ne peuvent s'avantager entre-vifs pendant le mariage.—770-1265, Code Civil ;

2o. Les époux ne peuvent passer entre eux aucun contrat de vente.—1483, Code Civil ;

3o. La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune.—1301, Code Civil.

Pour bien comprendre l'idée qui a présidé à l'adoption de ces lois prohibitives et en saisir toute la portée, il faut remonter jusqu'à la source de notre droit sur cette matière :

" Il faut, dit Montesquieu, éclairer les lois par l'histoire, et l'histoire par les lois."

Ajoutons avec Daguesseau : " Que la véritable doctrine qui " consiste dans la connaissance de l'esprit des lois, est supérieure " à la connaissance des lois mêmes."

Section I

APERÇU HISTORIQUE

A ROME.

On se perd en conjectures, sur l'origine véritable de Rome ; toutes les théories émises à ce sujet ne font qu'ajouter un doute à l'authenticité des faits rapportés par les historiens.

Ce que l'on sait cependant, c'est que la famille romaine avait pour fondement le droit de propriété du père, et que partant la femme et les enfants n'avaient rien en propre, et ne pouvaient rien acquérir qui n'appartint au chef comme un produit de sa propriété.

L'autorité du père de famille était absolue, sa puissance embrassait tous les droits du maître sur l'esclave. (1)

L'on comprend dans quel état de soumission et de dépendance se trouve la femme vis-à-vis de son mari.

Placée par les lois de cette époque dans un tel état d'infériorité, la femme n'était plus qu'une chose, une machine que l'on conduisait à volonté.

Ces lois barbares se modifièrent par la suite ; Numa, entr'autres en diminua la rigueur en établissant le mari, le défenseur de sa femme, il fut alors permis à la femme, tout en restant sou-

(1) Lagrange, Drt. Romain, Introduction.

mise à son mari, de posséder des biens, d'aliéner ses meubles, d'administrer ses biens sous l'œil vigilant de son mari. C'est ainsi que peu à peu la femme recouvra sa liberté perdue, et finit par conquérir l'estime universelle, en même temps que le rang que la Providence lui a assigné dans la création.

L'on n'avait pas cru contraire au bon ordre et à l'harmonie du ménage de permettre les avantages entre époux.

Longtemps en effet, ces donations entre mari et femme furent en honneur à Rome, mais si la loi d'un côté autorisait ces avantages, de l'autre elle mettait des entraves à leur parfaite exécution. Le mariage n'était pas pour la femme un élan vers l'émancipation et l'indépendance, bien au contraire, elle passait sous la tutelle de son mari, en entrant dans sa famille, et devenait comme les autres membres de la famille, soumise au chef, qui seul, avait le droit de parler et de disposer. Cependant, les anciens auteurs nous rapportent quelques exemples où ces donations entre époux furent en vigueur, mais elles étaient rares.

SEPTIME-SEVERE, probablement à raison des inconvénients qui pouvaient en résulter, et de la manière habile dont on pouvait violer certains droits, finit par les abolir complètement.

Son fils, CARACALLA, se montra plus indulgent, et apporta un tempérament à la rigueur de la prohibition, en permettant la passation d'un Senatus Consulte, connu sous le nom d'Emilien ou Oratio Antonini, qui assimilait ces donations à des legs et les soumettait à la loi Falcidie. C'étaient plutôt des donations à cause de mort.

ULPIEN nous dit clairement que ces faveurs étaient prohibées entre mari et femme : " Majores nostri inter virum et uxor- " em prohibuerunt donationes, ne concordia pretio conciliari " videretur," et plus loin, il ajoute : " Inter virum et uxorem " mortis causa, donationes receptae sunt."

Sous Justinien, les dispositions antérieures furent abrogées, et les faveurs entre époux recevaient force de loi, quand le donateur décédait sans avoir révoqué sa générosité.

Le Digeste exigeait que la donation pour être valide, eut reçu son entière exécution du vivant du donateur, et que de plus ce dernier ne l'eut pas révoquée avant de mourir.

Justinien par la Nouvelle 162, dispense de l'entière exécution, du vivant du donateur, et déclare la donation bonne et valable si le donateur est mort sans révoquer.

EN FRANCE :

Avant la promulgation du Code Napoléon, la législation sur les donations entre époux, a varié quelque peu, selon qu'elle émanait d'une province dite de droit écrit, ou d'un pays de droit coutumier.

Posons de suite la différence entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier.

On appelle " pays de droit écrit," les provinces qui, voisines de l'Italie, furent les premières victimes des conquêtes de Rome. Dans ces provinces, on suivait le droit romain dans toute sa rigueur et sans modification. Dans ces pays, il était donc permis aux époux de se faire donations, pendant le mariage, sujettes à révocation par le donateur.

Les pays de droit Coutumier, sont les provinces situées plus au nord, et où le droit romain n'a jamais eu force de loi. Ces pays étaient régis par des lois particulières appelées " Coutume." Ces diverses lois étaient en grande partie basées sur le droit romain que l'on a avec raison appelé : " La raison écrite."

Dans ces diverses provinces, les donations entre mari et femme ne sont pas reçues avec une égale faveur. Ainsi la Coutume de Paris et la Coutume d'Orléans, défendent toute donation entre époux, tandis que les Coutumes de Chartres, de Chateauneuf, de Péronne, tout en défendant les donations entrevifs, permettent les donations testamentaires.

D'autres Coutumes acceptent les dispositions du droit romain, c'est-à-dire, donations sujettes à révocation, entr'autres la Coutume de Touraine, et de Poitou ; la Coutume d'Auver-

gne, au contraire défend absolument à la femme de donner, et permet au mari de le faire, excepté quant à la légitime.

" Gens mariées constant mariage, dit la Coutume du Nivernais, (chap. 23, art. 27), ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre."

L'article 226 de la Coutume de Bourbonnais ajoute : " Le mari durant le mariage ne peut faire aucue association, donation ni autre contrat au profit de sa femme ni autre auxquels elle doit succéder."

La prohibition est bien formelle, et l'on ne saurait se tromper sur l'interprétation de cette disposition, non plus que sur la nullité qui frappait les contrats faits entre conjoints en dépit de cette défense formelle.

L'on se relacha par la suite en France de cette sévérité à l'égard des époux, et Dumoulin, sans doute pour céder au courant de l'époque, et pour donner dans les idées du temps, semble se départir un peu de la rigueur de certaines Coutumes, il enseigne que les conjoints pendant le mariage ne peuvent faire aucun contrat entre'eux, sans nécessité.

" Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt nisi " ex necessitate." [1]

Section II.

DROIT MODERNE.

Le droit moderne français innovant à l'ancienne jurisprudence, brisa avec les traditions du passé, et se montra favorable aux donations entre époux pendant le mariage.

La première tentative pour réagir contre la doctrine de l'ancien droit, fut faite par la loi du 17 Nivose, qui décida que " les avantages entre époux, soit qu'ils résultent des dispositions matrimoniales ou proviennent d'institution, dons entrevifs ou legs

(1) Sur Art. 236 de l'ancienne coutume de Paris, No. 5.

faits par un mari à sa femme, ou par une femme à son mari, obtiendront également leur effet."

Cette disposition créa une véritable révolution, et froissa l'opinion publique, car elle rejetait sans merci l'ancienne doctrine et tous les enseignements reçus et acceptés depuis si longtemps.

Aussi le Code Napoléon, tout en renonçant aux traditions du passé, se montra-t-il plus conciliant en statuant qu'à l'avenir, il sera permis aux époux de se faire des libéralités, sauf au donateur de les révoquer.

" Toutes donations entre époux, pendant le mariage, quoique " qualifiés entrevifs, seront toujours révocables.—(Code Napoléon, article 1096.")

Nos législateurs n'ont pas cru devoir accepter cette disposition, et avec raison, croyons-nous. En effet, une donation essentiellement révocable, n'est pas une véritable donation.

Qu'est-ce qu'une donation, si ce n'est un contrat par lequel l'un des contractants appelé donateur se dépouille actuellement de la propriété d'une chose désignée, en faveur de l'autre partie qui l'accepte, laquelle acceptation rend la donation irrévocable et le contrat parfait.

La vieille maxime de l'ancien droit : " Donner et retenir ne " vaut " trouve encore son application chez nous, et l'article 755 de notre Code Civil est bien formel. Aux termes de cet article, l'acceptation d'une donation la rend irrévocable. Ainsi sous notre droit, ce qui est donné ne saurait être repris, sauf dans certains cas spécialement prévus.

De plus la prohibition prononcée par l'article 1265 du Code Civil, est absolue et ne souffre pas d'exception sauf quant à l'assurance sur la vie plus haut mentionnée, son but, c'est de maintenir la paix et l'harmonie dans le ménage, et d'éviter la fraude et l'obsession.

" Ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non " temperantes ; " ne concordia pretio conciliari videretur ; neve " melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret," afin

que l'époux aimant et généreux, *melior*, ne fut pas dépouillé par l'époux égoïste et avare *deterior*. (1)

COQUILLE (2) trouvait ces raisons du droit romain "pleines " d'honneur à ce qu'il ne semble que l'amitié concorde et gra- " cieux traitement soit à vendre, et pour faire connaître qu'au " cœur est la vraye amour et non à l'extérieur."

Le Code français apporte comme remède aux dangers sans nombre que présentent ces donations entre époux, *la révocabilité* ; ce qui a provoqué entre les auteurs une discussion fort intéressante sur la question de savoir quand l'époux pourra retirer à son conjoint la libéralité qu'il a faite, et sur quel principe est basée cette faculté de révoquer accordée au donateur. Il serait trop long de suivre la discussion dans tous ses détails, et nous sortirions du cercle restreint que nous nous sommes tracé; qu'il nous suffise de savoir que Delvincour, Toullier, Duranton, Marcadé d'un côté se prononcent pour l'entière liberté accordée au donateur, de révoquer sa libéralité " à sa fantaisie et par le " simple changement ou caprice de sa volonté.

De Molombe (3) s'insurge contre cette appréciation vraiment large donnée à l'article 1096 du Code Napoléon. Il veut que le donateur ait la faculté de révoquer, mais non sans cause.

" Vous avez donné entrevifs par contrat, vous êtes lié, engagé " et vous avez voulu en effet vous lier, vous engager, eh bien, " moi je vous délie ; je vous relève de vos engagements, suivez " vos fantaisies et vos caprices, révoquez cette donation entre- " vifs, révoquez-là sans cause ni raison, je vous permets de violer " votre contrat et de manquer à la foi promise." Voilà ce qu'enseignent les laxistes aux grandes idées, mais ce n'est certes pas là l'esprit de la loi.

" Je m'en remets à vous-même, vous n'aurez pas besoin comme les autres donateurs d'agir en justice, d'exposer à l'audience les

(1) De Molombe.—Des Donations.
(2) Inst. du droit frs., gens mariés, p. 66.
(3) Livre 3, Titre 2, chap. 12, p. 474.

blessures de votre cœur, d'y donner le spectacle de vos douleurs conjugales. Soyez juge de vous-même dans votre conscience, et prononcez. Si la donation que vous avez faite à votre époux, a été pure et libre dans le principe ou si le donataire s'est rendu depuis envers vous coupable d'ingratitude, révoquez, je vous y autorise, sur la foi de votre honneur, c'est en vous une question de conscience et de probité."

Cette doctrine est moins outrée et plus acceptable ; cependant nos législateurs ont rejeté l'une et l'autre de ces deux doctrines pour ne s'en tenir qu'aux principes de l'ancien droit.

C'est précisément pour éviter aux époux " d'exposer les blessures de leur cœur," et de dérober aux curieux le spectacle de leurs douleurs conjugales que la prohibition existe, et ferme la porte à toute intrigue.

Cette faculté de révoquer que l'on offre comme tempérament n'en est pas un, puisqu'elle ne prévient pas le mal ; et qu'elle n'offre aucun asile où le conjoint trop faible et souvent obsédé puisse se réfugier, et se mettre à l'abri de la misère et parfois de la ruine totale; quand le crime est consommé il n'est plus temps de le prévenir.

Section III.

DROIT CANADIEN.

Notre droit n'a pas fait d'exception, et l'article 782 du Code Civil qui déclare nulle toute donation faite sous des conditions qui dépendent uniquement de la volonté du donateur s'applique aux donations entre époux tout aussi bien que la disposition de l'article 1081, qui rend nulle toute obligation contractée sous condition purement facultative de la part de celui qui s'oblige.

Cette prohibition nous dira-t-on est par trop absolue. Vous enlevez ainsi aux époux l'occasion de se montrer reconnaissant

l'un à l'égard de l'autre, en se faisant de temps à autre certains dons, et vous les exposez à laisser leurs biens à des héritiers collatéraux qui sont souvent inconnus ou indignes de recevoir. (1)

Cette objection n'est pas sérieuse croyons-nous ; n'y aurait-il que la donation qui soit la marque d'une grande estime. Est-ce là le seul moyen de se montrer reconnaissant ? Chaque jour cependant offre à l'époux l'occasion de prouver par ses bons offices, toute la gratitude qu'il doit au dévouement de son conjoint.

Il est vrai que parfois, les conjoints pourraient trouver l'occasion de profiter de certaines libéralités, et que le mari, par exemple, tout en se montrant plein de gratitude pour sa femme, y trouverait aussi le moyen de soustraire ses biens à l'action de ses créanciers. C'est afin de conserver dans toute sa pureté, l'union conjugale et l'amour réciproque qui l'a cimentée, que nos lois sont si sévères quand il s'agit de toucher de près ou de loin au traité nuptial.

" Ne pretio conciliari videretur."

Durant le mariage, dit Coquille, l'amitié se doit entretenir et conserver par honneur et en l'intérieur du cœur et non par dons."

" Nos ancètres, avait dit avant lui, un auteur ancien, ont pensé que l'amour honnête n'aspire qu'à la possession du cœur ; ils ont donc condamné cette espèce d'affection qui fait convoiter par l'un des conjoints, le patrimoine de l'autre pour s'enrichir à son détriment, et, ils n'ont pas voulu qu'une harmonie feinte et hypocrite, fut achetée à prix d'argent."

Une autre raison qui a prévalu sous l'ancien droit en faveur de la prohibition, c'était le soin et le désir de conserver les biens dans la famille. Ce motif chez nous n'a pas autant de valeur, puisque notre droit a rejeté toutes les anciennes dispositions quant à la légitime et aux restrictions portées par l'Edit des secondes noces," et qu'aujourd'hui grâce au Statut 41, George 4,

(1) Ferrière, coutume de Paris, No. 36.

1801, nous jouissons dans le pays de la liberté illimitée de tester. Le mari peut donc aujourd'hui disposer par testament de tous ses biens en faveur de qui bon lui semble ; il est libre ; et l'objection tombe d'elle-même.

Les époux ne peuvent s'avantager pendant le mariage ? Qu'est-ce à dire ?

Est-ce que par hasard la loi défend absolument et sans restriction toutes faveurs, tous dons entre époux ? Ne sera-t-il pas permis au mari de reconnaître par de petits cadeaux, la sollicitude et les bons soins de sa femme ? La prohibition de donner ne va pas jusque-là. Ce n'est certes pas là l'esprit de la loi ; pourvu que ces dons soient faits sans fraude et selon la condition et l'état de fortune du donateur.

Je ne suis pas prêt pour ma part à accepter la rigueur des anciennes Coutumes quant à ces dons modiques ; il faut suivre le courant et adapter notre législation aux mœurs du temps. Telle libéralité qui jadis eut été exorbitante, est aujourd'hui bien ordinaire et permise ; les idées du siècle de Pothier, ne sont plus les nôtres, les temps sont autres, les relations de famille, le train de vie, et le luxe toujours grandissant, ont établi certaines nécessités que l'usage a consacrées.

Posons comme principe : Que les donations entre époux sont nulles qu'en autant qu'il y a avantage évident au profit de l'un et au détriment de l'autre. "Quatenus locupletior." Examinons les différents cas où la prohibition des articles 770 et 1265 du Code Civil peut s'appliquer.

On se demande, si un mari qui renonce à un héritage, qui sur son refus d'accepter échoit à sa femme, fait en cela une libéralité défendue par la loi ? Voyons si la prohibition s'applique. Ce n'est pas à vrai dire une donation du mari à la femme, c'est le testateur qui donne et non le mari, celui-ci en effet n'a jamais été propriétaire des biens donnés ; il est de l'essence de la donation, que le donateur se dépouille actuellement de sa propriété. Or, le mari, puisqu'il a refusé d'accepter, n'est

donc pas devenu propriétaire et ne pouvait donner une chose qui ne lui appartenait pas : " Nemo dat quod non habet." Il est vrai que le mari avait un droit à la chose et que généralement toute renonciation implique acceptation antérieure ; mais ce principe ne trouve pas son application ici, ce n'est pas là le sens de la prohibition entre époux, et les créanciers du mari ne seraient pas reçus à invoquer le bénéfice de l'article 1031 du Code Civil, qui leur permet d'exercer les droits et actions de leurs débiteurs, sauf le cas d'insolvabilité du mari. Il aurait fallu que le mari se départit d'une portion de ses biens, pour le faire passer dans le patrimoine de son épouse, et telle n'a pas été la conséquence de la renonciation du mari dont la conduite ne peut être que louable. C'est un acte de générosité qu'il a fait en laissant la loi suivre son cours.

Une femme peut-elle renoncer au droit d'hypothèque qu'elle a sur la propriété de son mari, et consentir par là à la vente qu'il en fait ? L'ancien droit qui est le nôtre sur cette matière, avait adopté à son tour, les dispositions du droit romain. Or il est de principe en droit romain, qu'il n'y a de donations prohibées entre époux, que celles par lesquelles l'un s'enréchit aux dépens de l'autre.

" Ubicumque non diminuit de facultatibus suis qui donavit, vel etiam si diminuat locupletior. Tamen non sit qui accepit, donatio valet."

Or, dans le cas qui nous occupe, l'abandon par la femme de son droit n'ajoute rien à la fortune du mari, ni ne diminue la dette qu'il a contractée vis-à-vis de sa femme. Sa femme reste toujours sa créancière. Si elle juge à propos de renoncer à sa garantie, la loi n'a rien à voir,—l'état et la condition ne sont pas changés par la remise volontaire que fait la femme de son hypothèque. La loi en interdisant les donations entre mari et femme, avait précisément pour but d'empêcher tout changement quant à l'état et à la condition des époux.

Ainsi, il est certain qu'une femme peut, sans encourir la nul-

lité de la prohibition, payer la dette de son mari, ou encore renoncer à son hypothèque pour acquitter une dette de son mari.

Il n'y a rien dans ce paiement ou dans cette renonciation que fait la femme, qui soit contraire à la bonne entente entre époux, ou au maintien de la paix publique.

On dira peut-être : mais c'est un avantage, et les époux ne peuvent s'avantager pendant le mariage.

Pour qu'il y ait avantage prohibé entre époux, avons-nous dit plus haut, il faut qu'il y ait profit en faveur de l'un au détriment de l'autre.

Dans le cas qui nous occupe, où est le dommage souffert, il est vrai que la femme se départit d'une portion de son bien, et que le mari en profite. Mais alors, bien que la femme, qui a payé ainsi volontairement la dette de son mari ne puisse pas repéter du créancier ce qu'elle a ainsi payé, il ne s'en suit pas que le mari soit dispensé de le lui rembourser.

D'ailleurs ce n'est pas là, le cas prévu par l'art. 1265 qui défend aux époux de s'avantager pendant le mariage. Ce paiement par la femme ne rencontre pas les conditions de la donation prohibée entre époux, car il n'y a ni perte réelle, ni profit réel, en conséquence pas d'avantage aux termes de la loi. De plus, ce paiement ou cette renonciation ne tombent pas sous le coup de l'art. 1301, puisque la femme ne contracte vis-à-vis de son mari aucune obligation. C'est au contraire le mari qui s'oblige envers sa femme à lui rembourser le montant qu'elle verse pour lui, entre les mains de ses créanciers.

Ainsi déclare l'honorable juge Jetté (1) (aujourd'hui Lieutenant-Gouverneur de la Province de Québec) dans une cause de Hogue et Cousineau, la femme peut payer pour son mari, car ce n'est pas là s'obliger pour lui, puisqu'elle ne contracte aucune obligation en ce cas.

De même, une femme mariée peut renoncer à hypothèque lé-

(1) II, L. N., p. 308.

gale sur les biens de son mari, en faveur d'un créancier de ce dernier ; en faisant cette renonciation, elle ne s'oblige point, elle aliène. (1)

Il ne faut pas perdre de vue, que ces prohibitions entre époux sont d'origine romaine et doivent être interprêtées suivant l'esprit du droit alors en force. Or à Rome on décidait que le paiement des dettes du mari par la femme ne constituait pas une fraude à la loi qui prohibait, tant les donations entre époux, que l'intercession de la femme pour son mari :

" Si majeure de vingt-cinq ans, vous avez vendu vos propriétés et payé pour votre mari, vous ne pouvez invoquer le secours du " Sénatus Consulte," et plus loin, on trouve encore un rescrit où il est dit :

" Il est constant en jurisprudence que durant le mariage les droits d'hypothèque et de gage peuvent être remis au mari."

Ce qui était vrai du temps de Claude, d'Auguste et de Justinien, l'est encore aujourd'hui, et nos tribunaux ont consacré les mêmes principes. Ecoûtons le juge Meredith :

" A married woman unquestionnably has the power of alie-
" nating her own "propres" to pay the debt of her husband."

" I am of opinion, dit à son tour le juge en Chef Dorion (1) (Décision de la Cour d'Appel, Vol. 1 page 362 1881) that a
" married woman separated as to property could give to a cre-
" ditor of her husband priority over her claims on his property.
" This is not a liability which she contracts for the debt of
" her husband and which is prohibited by art. 1301 C. C.
" There is nothing in the law to prevent her, from paying the
" debts of her husband, and from disposing of her property to
" do so. Here, she has merely relinguished a right of preference
" which she had and this not prohibited by the law."

Enfin le plus haut tribunal de l'Empire, le Conseil Privé, ap-

(1) II, L. N., p. 308.—Boudrias McLean 6. L. C. J. 65.—Lagorgendière et Thibeaudeau, 2 Q. L. R. 165.—Girouard et Lachapelle, 7 Jurist., 289.—Langlois et Langlois, Ramsay's app. 451.—Donnelly et Cooper, R. J. O. vol. 8, p. 488.

" pelé à se prononcer sur l'étendue de la prohibition portée par l'art. 1301, a décidé dans une cause de Hamel et Parent (2 Appeal Case 121) que la renonciation d'une femme à son hypothèque légale en faveur de son mari était bonne et valable, et ne saurait être annulée comme contraire aux dispositions des arts 1265 et 1301 C. C.

L'on dira—et l'objection n'est pas sans offrir quelque difficulté :

En autorisant ce paiement ou cette renonciation par la femme, vous lui permettez de risquer tout ou partie de son bien que, précisément, vous voulez protéger en lui défendant de cautionner pour son mari.

Je réponds de suite avec Demangeat : En consentant une hypothèque, ou en se portant caution, la femme peut facilement se faire illusion ; elle peut croire qu'en définitive, il ne lui en coûtera rien, et que le véritable intéressé viendra la libérer à l'échéance. Au contraire " payer " c'est un acte qui de suite a des conséquences graves et très appréciables, contre lesquelles il est moins nécessaire de protéger la femme, précisément parce qu'elle s'y laissera aller avec moins de facilité.

Aussi avant Justinien, la femme qui ne pouvait consentir à l'hypothéque pouvait valablement consentir à l'alimentation du fonds dotal. " Lex arctius prohibet quod facilius fieri potest."

Le cautionnement en effet est un contrat dangereux, il semble que celui qui cautionne ne doive jamais être troublé ; l'exécution tardive du contrat, fait que l'on y souscrit souvent imprudemment sans penser aux conséquences.

C'est peut-être, celui de tous les contrats, où il est plus facile de surprendre la bonne foi de celui qui s'oblige, et d'abuser de sa généreuse démarche.

A Rome on autorisait entre époux la donation qui avait pour but de réparer un dommage souffert, ou encore pour faciliter à l'un des conjoints l'accès aux dignités.

Le droit français repousse cette donation et déclare que l'ar-

gent ainsi donné constitue, un avantage réel entre mari et femme.

Chez nous la prohibition est absolue, et s'applique à tous actes postérieurs au contrat de mariage.

L'un des motifs de cette défense, c'est d'empêcher la fraude. Supposons le cas où tous les héritiers, créanciers et autres intéressés interviendraient à l'acte pour consentir à une donation entre mari et femme. Cette donation serait-elle valable et produirait-elle quel qu'effet ? Evidemment non ; une telle donation serait nulle quand même, le consentement des intéressés n'ajoute rien à la perfection de l'acte, car la prohibition de s'avantager entre époux, n'est pas établie seulement en faveur des tiers, mais à raison même de la condition des parties et de leur qualité d'époux, afin de maintenir le bon ordre dans la société, et l'harmonie au foyer conjugal.

Nous avons dit que la loi ne défend pas aux époux de se donner de temps à autre certains petits cadeaux d'amitié, dont la modicité s'apprécie suivant l'état de fortune du donateur. Mais encore faut-il agir avec prudence et discernement, pour ne pas s'exposer à éluder la défense de la loi, en autorisant certaines libéralités que la loi condamne comme avantages indirects.

Parmi les avantages indirects prohibés, les auteurs signalent entr'autres, comme étant plus fréquents :

1o. Donner un reçu pour un montant qui ne nous a jamais été remis ;

2o. Grossir le mobilier de la femme, et diminuer le sien ;

3o. La fausse énonciation du prix porté par le contrat de vente d'un héritage propre à l'un des conjoints.

Il est évident que ces diverses transactions, et une foule d'autres du même genre, constituent un avantage réel pour l'un des époux au détriment de l'autre. En effet le mari, en donnant un reçu sans obtenir de valeur, ou en augmentant le mobilier de sa femme, ne se prive-t-il pas d'une portion de son bien au profit de sa femme ? En diminuant ainsi son patrimoine, il enlève à

ses créanciers une part de leurs droits—puisque les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers— ; les deux motifs générateurs de la prohibition se rencontrent donc dans ces transactions—avantages réels à l'un des époux au dépens de l'autre—et fraude vis-à-vis des tiers—il n'y a pas de doute à entretenir sur la question de savoir si la nullité prononcée par notre article 1265 du Code Civil, s'applique ou non.

On se demande si le conjoint qui crée son conjoint exécuteur testamentaire, avec dispense de rendre compte, lui fait un avantage prohibé.

Il n'y a pas là d'avantage réel, car le conjoint ne devient exécuteur testamentaire qu'à la mort du testateur, mais alors, la communauté est dissoute, et l'union conjugale est rompue.

La disposition créant l'avantage, si avantage il y a, ne prenant effet qu'à la mort de l'un des époux, n'est certes pas une disposition prohibée entre époux, puisque la mort, en les séparant, leur a fait perdre leur qualité d'époux. D'ailleurs, s'il est permis à l'époux de léguer tous ses biens à son conjoint par testament, à plus forte raison, ce me semble, pourra-t-il le charger de les administrer.

Sous l'ancien droit, on a soulevé la question de savoir si la donation faite au père ou à la mère de l'un des conjoints par l'autre conjoint est réputée faite à une personne interposée, et par conséquent frappée de nullité.

Pothier semble donner dans ces idées. Les donations, dit-il, que l'un des conjoints ferait au père ou à la mère, ou quelqu'autre des ascendants de l'autre conjoint, présentent certaines difficultés.

Les biens des pères et mères devant, selon l'ordre naturel, passer à leurs enfants, qui sont appelés, pour cette raison : "Sui heredes" lorsqu'ils y succèdent "quasi succedunt in bonis quæ jam erant sua".

" Les donations ou legs que je fais au père ou à la mère de ma femme sont censés comme faits à ma femme elle-même, et

par conséquent, comme compris sous la défense générale qui est faite aux conjoints de se donner l'un à l'autre, directement ou indirectement."

Le raisonnement de l'éminent jurisconsulte s'applique encore dans son entier sous le droit nouveau.

En France, du temps de Pothier surtout, la loi sur les successions était très sévère ; l'on entourait de mille formalités les dernières volontés du testateur, et la loi se faisait forte d'accorder à chacun une part de l'héritage ; l'on comprend facilement que sous l'empire des lois accordant de droit une part dans la succession de leurs père et mère, le raisonnement de Pothier ait obtenu force de loi.

Mais sous l'empire de nos lois, la position change quand il s'agit de dispositions testamentaires ; plus d'entraves ! le testateur a conquis la liberté la plus entière, dans la manifestation de sa volonté, il peut disposer de ses biens à sa guise.

Cette permission accordée au testateur de disposer de ses biens selon son bon vouloir ne doit pas intervenir, et de fait n'intervient pas avec la disposition formelle de l'ancien droit que l'on retrouve au titre des donations. (Art. 774, C. C.)

" La disposition au profit d'un incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ; " et le législateur ajoute : " Sont réputés interposés, les ascendants, les descendants, l'héritier présomptif à l'époque de la donation, et l'époux de la personne incapable, si aucuns rapports de parenté, ou de services, ou autrss circonstances ne tendent à faire disparaître la présomption.

La nullité a lieu même lorsque la personne interposée a survécu à l'incapable." [1]

Il est donc logique de conclure, en face d'un texte si formel, que les biens que je pourrais donner aujourd'hui au père ou à la mère de ma femme, sont censés comme donnés à ma femme, et

(1) Ricard No 708 et suivants; Guyot V° Avantage C. N. 1099-1100.

que, par suite, la donation que j'en ferais serais nulle et de nul effet, comme étant faite à des personnes interposées, suivant la disposition de l'Art. 747, C. C.

CHAPITRE II.

II Incapacité.

IL NE PEUT Y AVOIR DE CONTRAT DE VENTE ENTRE LE MARI ET LA FEMME.

SOMMAIRE.

1o. Historique de la question, opinions des auteurs.—2o. Explication de l'art. 1483, raisons qui la rendent nécessaires.—3o. Différence entre le Code Napoléon et le Nôtre, sur ce point.—4o. Le paiement des reprises matrimoniales par le mari à sa femme, est-il valide.—Jurisprudence.

Passons maintenant à la seconde prohibition prononcée par notre code contre les époux, prohibition basée absolument sur les mêmes principes et prononcée pour des causes identiques à celles que nous venons d'étudier.

" Il ne peut y avoir de contrat de vente entre le mari et la femme ".

C'est la règle de notre droit.

Les auteurs nous enseignent qu'autrefois, sous l'empire des lois romaines, il était permis aux époux de contracter entre eux et de faire ensemble, pendant le mariage, tous les contrats qu'ils jugeaient à propos de faire, pourvu qu'ils ne renfermassent aucun avantage à l'un d'eux aux dépens de l'autre, et des textes formels viennent confirmer les commentaires des jurisconsultes.

L'ancien droit, pour prévenir les nombreux abus qui se sont commis sous l'empire de la loi romaine, se montra plus sévère à l'égard des époux.

"Gens mariés ne peuvent céder, donner l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrat ou confession, " en vertu du principe " Qui non potest donare, non potest confiteri." (Cout. de Normandie, art. 410).

"Gens mariés constant mariage, ajoute la Coutume de Nivernais, art. 27, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre," et celle de Bourbonnais défend au mari, " durant le mariage, de faire aucun contrat avec sa femme, *nec contra*, art. 226."

Enfin, Dumoulin, sur article 156 de la Coutume deParis, pose comme principe que, pendant le mariage, les conjoints ne peuvent faire entre eux aucun contrat sans nécessité.

Ces divers articles disent assez que notre article 1483 C. C., qui les reproduit tous, n'est pas de droit nouveau.

Nés sur une terre française, nos pères ont grandi à l'ombre du vieux drapeau et sous l'égide des vieilles coutumes, en inculquant à leurs enfants le respect et la soumission aux lois de la mère-patrie. Aussi nos législateurs, imbus des vieux principes que l'expérience des siècles a consacrés, n'ont pas cru devoir renoncer à la faveur de l'acte de Québec, qui nous rendit nos lois françaises.

Quelque sévère que soit la défense portée par nos lois, nous devons l'accepter comme garantie du respect dû aux conventions matrimoniales et comme un écueil, où viennent se briser toutes les tentatives frauduleuses et les obsessions de l'époux malhonnête.

Permettre au mari et à la femme de contracter ensemble par le moyen du contrat de vente, c'est enfreindre la disposition de l'art. 1265 C. C., qui défend absolument aux époux de s'avantager pendant le mariage.

Quelle plus belle occasion pour le mari de cacher, sous le voile de la vente, la libéralité que la loi lui interdirait autrement.

Le mari ne donne pas, dira-t-on peut-être, il vend, et il n'y

a pas là d'avantage au profit de l'un d'eux, et au détriment de l'autre, puisque l'un reçoit la valeur de ce qu'il donne.

Croit-on qu'il puisse y avoir un contrat de vente sérieux entre mari et femme ? Il se peut, je l'admets, que des circonstances extraordinaires le permettent, mais généralement, tel n'est pas le cas. L'union intime que fait naître le mariage, les rapports amicaux qui s'établissent entre eux, l'ascendant que prend le mari dans la direction des affaires de la famille, et la dépendance naturelle de la femme, tout s'oppose aux calculs froids et aux intérêts à discuter quand il s'agit d'un contrat de vente. Qu'arrive-t-il ? Le mari, n'écoutant alors que sa générosité, achète à vil prix l'acceptation de sa femme au don qu'il lui fait, et le tour est joué. Ce n'est plus une vente, c'est purement et simplement une donation déguisée.

Il suffit qu'un cas semblable puisse arriver pour constituer le danger prévu par la disposition.

Permettre aux époux de passer entr'eux un contrat de vente, serait encore enfreindre la défense de l'article 1265 C. C., qui défend absolument tout changement aux conventions matrimoniales.

Rien de plus facile, en effet, que de modifier ainsi les clauses du traité nuptial, que l'on croit trop onéreuses ou par trop rigoureuses. De consentement mutuel, les parties peuvent mettre fin à leur contrat ; mais quand il s'agit du contrat de mariage, il n'en est pas ainsi. C'est la loi, seule, qui lui accorde son efficacité en le déclarant irrévocable à compter du jour de la célébration du mariage, et c'est la loi seule aussi, qui peut en annuler les dispositions ; le consentement des parties, loin d'entrer en considération, est formellement exclu dans l'appréciation des faits jugés suffisants pour nécessiter la modification du contrat de mariage. La loi se montre très sévère quand il s'agit de toucher de près ou de loin, à la stabilité du pacte conjugal.

Nous croyons donc que c'est avec sagesse que nos législateurs prévoyant cet abus, ont édicté cette prohibition qui assure aux

époux la conservation paisible de leurs biens, la paix et la tranquillité au sein de la famille.

Enfin, permettre le contrat de vente entre époux, c'est ouvrir la porte aux intrigues et à la fraude, c'est exposer les créanciers à perdre tout ou partie de leur créance. Le mari, en vendant à sa femme, se départit d'une chose affectée au paiement de ses dettes. Les rapports journaliers, la bonne entente, la vie commune, rendent si facile cette substitution de propriété en faveur de l'un des conjoints au détriment des tiers, que les codificateurs n'ont pas cru que les avantages découlant de ces contrats entre époux, pouvaient se compenser facilement avec les inconvénients, les abus et l'injustice qui en résultent.

Dans l'exposé des motifs justifiant la prohibition de la vente entre époux, Portalis s'exprime comme suit :

" Le mari est le chef de la société conjugale, il est adminis-
" trateur des intérêts communs ; la femme ne peut faire aucun
" acte sans son autorisation : Pourrait-on se promettre que la
" même personne sut concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur ? "

Et plus loin, il ajoute :

" Entre personnes si intimement unies, il serait bien à crain-
" dre que la vente ne masquât presque toujours une donation." (1)

Faure (2) dit à son tour que, " sans cette précaution, en vain
" la loi des donations aurait fixé ce que les époux peuvent se
" donner, elle serait trop facilement éludée."

Guillouard, dans son commentaire sur l'art. 1595 du Code Nap., émet l'opinion qu'il n'y a rien de plus dangereux qu'un pareil contrat pour les créanciers de l'un ou de l'autre époux. L'époux débiteur, dit-il, aurait toujours à côté de lui un acqué-

(1) Voir dans ce sens, Touillier, T. XII, No. 41; Duverger, T. I, No. 179 ; Roland de Villargues, Vo. Donation entre époux.

(2) Rapport du Tribunal, Fenet XIV, p. 155.

reur complaisant, du moment où il voudrait vendre ses biens pour frauder ses créanciers ; et ces fraudes seraient d'autant plus difficiles à déjouer, que les rapports pécuniaires des époux sont plus complexes, plus enchevêtrés, et qu'ils rendraient plus laborieuse la constatation de la vérité.

Nous croyons ces raisons pleines de justesse et de bon sens, et c'est à tort que l'on qualifie cette prohibition comme étant injuste et contraire au droit naturel. Le droit naturel nous commande au contraire de vivre honnêtement, d'éviter toute fraude, de marcher droit dans la pratique du bien et du juste : "*Honestum vivere, alium non lædere.*"

Le Code Napoléon s'écarte un peu de la rigueur de nos lois.

Tout en posant comme principe que le contrat de vente est prohibé entre époux, il en excepte cependant :

1o. Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits ;

2o. Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou ces deniers ne tombent pas en communauté.

3o. Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté. (Art. 1595, Code Napoléon.)

Que l'on remarque que cette permission accordée aux époux ne déroge pas au principe général, qui défend la vente entre époux, c'est-à-dire la livraison d'un objet par l'un des époux, et le paiement du prix par l'autre ; car dans le cas qui nous occupe, ce n'est pas véritablement une vente, mais simplement une dation en paiement, c'est-à-dire que l'un des époux s'acquitte envers son conjoint, d'une dette antérieure, à laquelle il était tenu.

Peu importe pour nous de suivre les auteurs dans la controverse qui s'est engagée sur ce point, puisque chez nous, notre art. 1483 ne fait pas de distinction entre la vente et la dation en paiement. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre mari et

femme, quelque soit le régime sous lequel les époux se soient mariés.

Cette prohibition de vente entre époux est-elle absolue et s'applique-t-elle dans tous les cas ?

Rien n'empêche, dit Lebrun, (1) qu'un mari et une femme ne contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent, ni directement, ni indirectement." La chose est si difficile qu'elle est presqu'impossible, et je n'hésite pas à dire que la défense est formelle et s'applique à tous les cas de vente volontaire.

Quant à la vente forcée, je ne vois rien qui empêche la femme de se porter adjudicataire d'un immeuble appartenant à son mari.

L'art. 1484, qui défend aux tuteurs, curateurs, et, généralement, aux administrateurs des biens d'autrui de se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par parties interposées, des biens de leur pupille ou de ceux dont ils administrent la succession, leur permet cependant d'enchérir et de se porter adjudicataires quand la vente est faite par autorité de justice.

La publicité de la vente, et les mesures sévères prises pour empêcher toutes tentatives de fraude, justifient pleinement cette exception en faveur des tuteurs, curateurs et autres. Mais alors, la même raison existe pour la femme vis-à-vis de son mari, et pourquoi la loi ne la relèverait-elle pas comme les autres de son incapacité.

Supposons le cas où une femme se rend acquéreur d'un immeuble appartenant à son mari, et vendu par autorité de justice, l'adjudication à la femme en serait-elle valable ? Qui pourrait s'en plaindre ? Ce n'est pas le mari qui vend, ce sont les créanciers représentés par le shérif, c'est la justice qui exécute. Où est la fraude, puisque tous les créanciers sont appelés à la vente ? Je ne vois aucun des motifs qui ont fait prohiber la vente entre époux. Ni la crainte de donations déguisées, ni le danger de fraude aux droits des créanciers.

(1) Traité sur la communauté, Livre 2, Ch. I.

On a agité la question de savoir si le paiement volontaire des reprises matrimoniales de la femme, par le mari, est un paiement valide ?

La Cour d'Appel s'est prononcée dans l'affirmative et renversa le jugement de la Cour Supérieure.

Jugé : Qu'un acte authentique passé entre deux époux, et fait de bonne foi, et pour valable considération en paiement des reprises matrimoniales dues à la femme en vertu du jugement en séparation est un acte valide et légal. (1)

L'art. 1483, qui défend la vente entre époux, n'est que le complément de la disposition de l'art. 1265, car c'est à raison de l'avantage qui pourrait en résulter pour l'un des époux que la vente est prohibée entre eux. Or, dans le cas de paiement des reprises matrioniales, peut-on dire qu'il y a avantage direct pour la femme au détriment de son mari ? Y a-t-il vente ?

Pourquoi le mari, contre qui la séparation de biens est prononcée, ne pourrait-il pas satisfaire au jugement sans recourir aux moyens de saisie et d'expropriation judiciaire ?

Faudra-t-il qu'il soit tenu de suivre la filière ordinaire et de se soumettre aux lenteurs de la mise à exécution des jugements? " Faudra-t-il que ces misérables questions d'argent soient discutées en présence des officiers de la loi avec tout l'appareil des contraintes et des saisies ? " Tel n'est pas là l'esprit et le sens de la prohibition. D'ailleurs, la loi semble avoir prévu le cas en déclarant, art. 1312 C. C. : " Que la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est sans effet tant qu'elle n'a pas été exécutée par le paiement réel constaté par acte authentique des droits et reprises de la femme, ou par des procédures aux fins d'obtenir ce paiement."—(Art. 1098 C. de P.)

Ne semble-t-il pas que ces mots "ou par des procédures, etc." n'ont été ajoutés à la disposition que pour faire mieux compren-

(1) Legault *vs.* Bourque, XV, L. C. J., p. 72.

dre que si le mari ne s'exécute pas librement, alors il y a lieu de recourir "aux procédures aux fins d'obtenir le paiement." [1]

Je n'ai aucun doute sur la validité d'un tel paiement fait par le mari à sa femme et je n'hésite pas à ajouter que le mari peut passer un bail, en faveur de sa femme, d'un immeuble affecté au paiement des reprises matrimoniales en vertu du jugement accordant la séparation de biens, sans encourir la nullité prononcée par les art. 1265 et 1483 C. C., qui ne s'appliquent pas en pareil cas.

CHAPITRE III.

Troisième Incapacité.

Section I

APERÇU HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

Origine de l'art. 1301, C.-C.—Senatus Consulte Velléien.—Son Introduction—en France.—Son application et son abolition par Henri IV et Louis XIV.—Droit Canadien, avant la cession du pays, jusqu'en 1774.—De 1774 à 1841, de 1841 à 1867.—Différence entre le Code Napoléon et notre Code Civil.

A qui s'applique cette prohibition.—Explication de l'art. 1301.—Jurisprudence.—L'art. 1301 prononce-t-il une nullité absolue.—Cette nullité s'applique-t-elle au tiers de bonne foi.—La femme qui acquitte un cautionnement pour son mari, peut-elle répéter ce qu'elle a ainsi payé?—Jurisprudence.—Les lois prohibitives sont-elles de droit strict ?

" La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune, toute obligation qu'elle contracte ainsi en autre qualité est nulle et sans effet." 1301, C. C.

Cette disposition, loin de créer un droit nouveau, n'est que la

(1) Voir Holland *vs* Caughlan, XVI, L. C. J., p. 105.

reproduction de la disposition du statut de 1841 qui a fait revivre l'ancienne prohibition Velléïenne, que la poussière des siècles avait ensevelie.

On s'accorde généralement à faire remonter au Senatus Consulte Velléien, l'origine de notre article 1301. Il faut encore une fois nous arrêter au milieu des ruines de l'antique cité, et chercher parmi les débris de la science ancienne, ceux qui, restaurés et façonnés aux idées du temps, sont encore aujourd'hui le guide et le modèle de nos législations modernes. Comme si " les grandes destinées de Rome n'étaient pas encore accomplies. Cette cité règne dans toute la terre par la raison, après avoir régné par son autorité." (D'Aguesseau, œuvres, 1.157.)

Nous connaissons déjà la condition de la femme à Rome : la soumission et la dépendance la plus absolue furent son partage. Auguste et Claude adoucissent cet état despotique en permettant aux femmes de s'engager pour tout autre que leur mari.

Le débordement des mœurs, la licence la plus effrénée et les abus criants toujours plus nombreux ont nécessité le rappel des édits d'Auguste, et l'adoption du fameux Senatus Consulte Velleïen, du nom de son auteur, Velleius Tutor.

Voici comment Pothier, dans ses Pandectes, (1) rapporte le texte de cette loi :

" Les opinions qu'avaient émises les consuls Marcus, Silanus
" et Velleius Tutor sur les obligations des femmes qui se sont
" obligées pour autrui, comme aussi ce qu'il fallait observer à
" cet égard, ont été, pour tous les jurisconsultes, réduites à ce
" qui suit :

" Pour tout ce qui concerne les femmes qui se sont portées
" cautions pour d'autres personnes, ou sont intervenus dans
" leurs emprunts à l'effet d'en être garanties ; encore qu'il ait
" été défendu de leur rien demander et de donner action contre
" elles conformément aux dispositions du droit à cet égard, qui
" a raison de ce que toutes les fonctions civiles leur étaient inter-

(1) Vol. 6, p. 229.

" dites, s'opposait à ce qu'elles fussent soumises à de pareilles " obligations, le Sénat à décidé que les juges, a qui on s'adresse-" rait pour prononcer en pareil cas, devaient observer les dis-" positions du Senatus Consulte sur cette matière."

Le but évident de Velléien, c'est donc de restreindre la capacité de la femme, et de diminuer son influence en frappant de nullité tous les actes qu'elle pourra faire.

" *Totam obligationem senatus improbat,*" dit Julien, en commentant le Velléien.

C'est la mère, l'épouse, la femme en général que l'on attaque à cause de la faiblesse de son sexe " *Propter fragilitatem, imprudentiam imbecillitatem sexûs,*" et de la crainte traditionnelle de voir les femmes arriver aux fonctions suprêmes de l'état.

En un mot, ce sénatus consulte ne crée pas de droit nouveau, même à Rome, il ne fait que généraliser un édit d'Auguste, en étendant à toutes les intercessions des femmes, la même nullité qui, sous Auguste, ne frappait que l'intercession de l'épouse au profit du mari.

Justinien, dans la grande œuvre qu'il avait entreprise de concentrer en une seule, toutes les lois de l'empire, s'apitoyant sur la position faite à la femme dans la famille, et dans la société, trouva un moyen d'améliorer son sort, en adoucissant la rigueur du Velléien.

Dès lors, il sera permis à la femme de s'obliger pour tout autre que son mari, pourvu que l'obligation ait une juste cause et qu'elle ait manifesté une ferme volonté de s'obliger.

Quant à l'engagement au profit du mari, il est radicalement nul, l'eut-elle entouré de toutes les formalités et de toutes les renonciations possibles, excepté, toutefois, quand il est clairement démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme.

" Nous jugeons à propos, lorsqu'une femme s'oblige pour cause de prêt, de lui prohiber de stipuler en faveur de son mari aucun engagement, soit personnel, soit de sa propre fortune, et

nous rendons son obligation nulle, quand même elle l'aurait répétée plusieurs fois ; il sera indifférent que l'engagement soit privé ou public ; on le regardera dans l'un et l'autre cas, comme non écrit, à moins qu'il ne soit clairement prouvé que les sommes prêtées ont été employées à l'utilité de la femme. Novelle 134, Justinien."

L'Authentique "*Si qua Mulier*" (1) s'exprime encore plus clairement : "Si une femme a donné son consentement à l'obli- "gation d'une dette pour son mari, ou si elle l'a souscrite, ou a "obligé ses biens personnels, ou s'est obligée elle-même, nous "ordonnons qu'un engagement de cette sorte, soit nul, soit que "cette obligation ait été contractée une fois, ou qu'elle ait été "répétée plusieurs autres ; soit que la dette soit privée ou publi- "que, et qu'elle ne soit censée ni contractée ni écrite, à "moins qu'il ne soit prouvé évidemment, que l'argent de l'em- "prunt n'ait été épuisé en dépenses pour la propre chose de la "femme."

EN FRANCE.

C'est vers le treizième siècle que parut, en France, sous son vrai jour, le Sénatus Consulte Velléien. L'histoire, il est vrai, nous rapporte que dès le douzième siècle, certains coutumiers prohibaient toute intercession au profit du mari.

Entr'autres, la Coutume de St-Quentin, 1164, la Coutume de Roye, 1183, faisaient "défense à la femme d'intercéder pour le mari," mais cependant, jusqu'à cette époque, la France, divisée en mille petits duchés ou comtés, subissait le joug de la féodalité qui faisait de chaque parcelle du sol français, le siège d'un petit état ayant son armée, sa justice et ses lois.

C'est à cette époque tourmentée, que s'ouvrirent, à Orléans et à Paris, des écoles où l'étude du droit romain devint la matière principale de l'enseignement. Les succès obtenus dans la con-

(1) L. IV. Tit. XXIV, No. 22.

naissance de ces législations anciennes furent tels, que les pouvoirs politiques s'en emparèrent et en firent un puissant moteur de réforme et de progrès.

Je dois dire, à la plus grande gloire de l'église et à l'honneur du clergé, qu'il n'est pas de sacrifice qu'il ne se soit imposé pour promouvoir d'une manière efficace, les enseignements sages et éclairés des Constantin et des Théodose, à l'ombre desquels ils avaient grandi.

Tous, clercs et moines, se livraient à l'étude du droit romain avec une ardeur extraordinaire, on va même jusqu'à dire que St-Bernard se plaignait : "Que, dans les palais du pape, on étudiât plutôt les lois de Justinien que celle du Seigneur."

Quoiqu'il en soit de ce reproche, il n'en est pas moins certain que c'est grâce à l'influence heureuse du clergé sur les classes dirigeantes de l'Etat, que la connaissance du droit romain se répandit en France et que l'on en retrouve même l'esprit et parfois le texte même, dans les Coutumes qui régissaient alors le royaume de France. On avait cependant gardé de l'ancien droit les vieilles idées sur la femme, que l'on considérait comme un être faible et incapable de droit.

" Fresle chose est de femme, ne s'est garnie de sa propre nature de constance et de discrétion," dit une ancienne Coutume.

Laboulaye, (1) rapportant la décision d'un synode français, cite textuellement ce qui suit :

" Il est étrange et inconvenant, même chez les nations barba-
" res, de voir des femmelettes, abjurant la pudeur de leur sexe,
" et bravant les lois divines et humaines, paraître le front haut
" dans les assemblées publiques et s'ingérer dans les affaires de
" l'Etat où elles font plus de mal que de bien, elles qui devraient
" passer leur vie dans leurs gynécées, et dont l'aiguille et la quenouille devraient être la seule occupation."

On comprend que de tels enseignements sur la capacité de la femme, étaient bien de nature à préparer le terrain, et à bien dis-

(1) Page 443, cond. de la femme.

poser le peuple à accueillir avec faveur les dispositions rigoureuses du Senatus Consulte Velléîn et de l'Authentique " Si qua mulier."

Aussi le Velléien eut force de loi pendant longtemps dans le royaume de France :

" Cette loi, disent les juristes du temps, a paru si bien in-
" ventée qu'elle a été reçue partout et de toutes les nations." (1)

A l'appui de cette prétention, je trouve ça et là dans divers écrits et ordonnances, la prohibition du Velléîen.

" Généralement peux et dois savoir, que femme ne se peut
" obliger pour autre, si contre elle n'était prouvé qu'elle n'y eut
" profit, ou que ce fut fait par marché ou par subtil engin pour
" autre decevoir, ou que argent en print pour ce faire ; car si ce
" y estoit, lors ne seroit secourue, ni ne lui vaudrait la loi de
" Velléîen." (2)

" La femme qui s'oblige pour son mari ne demeure nullement
" obligée, mais si c'était pour un étranger, et qu'elle eut renoncé
" au Velléîen duquel elle eut été certiorée, elle en serait tenue
" pour le regard de ses biens paraphernaux et adventifs." (3)

On lit encore dans le Recueil de pièces curieuses de Rivard, p. 527, un cas où il est dit : " que la dame du sieur L. . . ., renonce spécialement au droit qui dit que femme ne se peut " obliger pour autrui."

La Très Ancienne Coutume de Bretagne offre ceci de particulier, qu'elle défend à la femme de s'obliger pour tout autre que son mari.

" Femme ne peut s'obliger pour autres si ce n'est pour son
" père ou sa mère ou pour son seigneur, époux ou pour ses enfants."

(1) Papon, Ins. 3, notaires, Livre 3.

(2) Bouthillier, I, 98.

(3) Massuer XLIX, 12, Gide, 439.

Le principe du Velléîen était donc reconnu sous l'ancien droit, on en diminua la rigueur en permettant à la femme d'y renoncer.

C'était une manière habile d'éviter la loi—peu à peu on se relacha de cette formalité, et il suffisait que le notaire mentionnât dans l'acte qu'il avait averti la femme du droit qu'elle avait de renoncer au bénéfice du Velléîen,—malheur au notaire qui oublieux de son devoir avait manqué à cette formalité.

" Notaire condamné en vingt écus d'amende pour la faute " qu'il avait faite de n'avoir pas donné à entendre le bénéfice du " Velléîen." (1)

Comme on le voit, c'était plutôt une clause de style qui donna lieu à des abus criants, et fit dégénérer le Velléîen en une vaine frivolité, et pour me servir de l'expression d'un contemporain en " une ridicule chicane." De nombreuses protestations s'élevèrent de toutes parts, on demandait à grands cris l'abolition du Velléîen, et Jacques Leschassier se faisant le porte-voix de l'opinion publique, écrivit contre la pratique du Velléîen une diatribe qui se terminait par ces mots :

" L'usage de cette renonciation au droit, estant entre nous " passé par coustume en style de notaire et ayant abrogé le Vel- " léîen, s'est changé en un piège tendu à la simplicité de ceux " qui contractent avec les femmes, quand par malice ou par " ignorance les notaires obmettent cette clause.

" Encore qu'elle soit du tout vaine et sans aucun effet, en l'es- " prit des femmes, si est ce que les obligations où elle défaut, " sont déclarées nulles. N'est-ce point imposer loy aux paroles " et non aux choses ? ou ne vaudrait-il point mieux abroger cette " formalité, comme une mauvaise herbe qui doit être arrachée " du champ de la justice."

Cette écrit produisit bientôt son effet ; Henri IV ne resta pas sourd aux vœux de son peuple, et quelque temps après parut l'édit du mois d'août, 1606, par lequel : " Il défendit à tous no-

(1) Arrêt, 29 juillet, 1595.

" taires et tabellions du royaume, sous peine de suspension et " d'amende arbitraire, d'insérer dans leurs contrats aucune re- " nonciation au Velléïen et autres privilèges du sexe, et ordon- " na que les contrats souscrits par les femmes, eussent même " effet, force et vertu, que si toutes ces renonciations y eussent " été bien et dûment spécifiées."

C'était amender considérablement les dispositions du Senatus Consulte Velléïen, que Louis XIV rappela définitivement tant par ses lettres patentes de 1664, que par les deux ordonnances de 1683 et de 1704, où il était dit : " Que toutes les obligations " ci-devant passées, et qui se passeront à l'avenir sans aucune " violence, par les femmes mariées, soient bonnes et valables, et " que, par icelle aient pu par le passé et puissent à l'avenir obli- " ger valablement leurs biens dotaux et paraphernaux, mobiliers " et immobiliers, sans avoir égard à la disposition de la loi Julie " que nous avons abrogée et que nous abrogeons à cet égard."

C'en était fait du Sénatus Consulte Velléïen. La vieille prohibition romaine était à jamais disparue du royaume de France.

Il faut dire cependant que plusieurs provinces refusèrent de reconnaître l'abrogation du Velléïen ; et ainsi les parlements de Rouen, de Bordeaux, de Pau refusèrent d'enrégistrer l'édit de 1606 et continuèrent à appliquer sous d'autres formes l'ancienne prohibition.

Lors de la discussion du projet du Code Napoléon, le Velléïen n'était plus qu'une loi locale—aussi personne ne se leva au Conseil d'Etat pour demander son rétablissement—et le code en proclamant l'égalité des deux sexes devant la loi, brisa avec les traditions du passé en ce qui regarde l'état et la capacité des époux pendant le mariage.

1o. Les époux peuvent s'avantager entr'eux, sauf révocabilité;

2o. La vente peut avoir lieu entre époux dans certains cas spécifiés ;

3o. La femme peut cautionner pour son mari, et s'obliger pour lui :

" La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée."—C. N. 1431.

DROIT CANADIEN.

Il serait trop long de faire ici l'histoire du droit canadien, en rapport avec cette matière, depuis la fondation de la colonie jusqu'à nos jours. Qu'il nous suffise de savoir que jusqu'à la cession du pays, la colonie fut régie par la Coutume de Paris, par les édits et ordonnances et le droit romain, flambeau toujours brillant dans la main du législateur qui voudra doter son pays d'une législation sage et éclairée.

Mais alors l'ancien droit français, les usages et coutumes, avaient force de loi chez nous et par contre l'édit de 1606 abolissant le Senatus Consulte Velléïen s'appliquait aussi à la colonie, puisque ce n'est qu'en 1663 que Louis XIV créa le Conseil Supérieur de Québec, où seuls les édits qui y étaient enregistrés, avaient force de loi dans le pays.

Il est donc évident, qu'autrefois la femme mariée pouvait impunément s'obliger pour autrui, et même pour son mari. L'acte de Québec 1774, confirma cette législation en nous accordant le privilège de nous gouverner selon les lois de la mère patrie. Tel fut notre droit jusqu'en 1841, époque où parut l'Ordonnance de l'enregistrement, (1) qui changea radicalement notre droit, et fit revivre l'ancienne prohibition du Velléïen :

" Nulle femme mariée ne pourra se porter caution, ni encourir de responsabilité en aucune autre qualité que comme commune en biens avec son mari, pour dettes, obligations ou engagements contractés par le mari avant leur mariage ou pendant la durée du mariage, et tous engagements et obligations contractés par une femme mariée en violation de cette disposition, seront absolument nuls et de nul effet."

(1) 4 Vict., ch. 30, sec. 36.

La Cour du Banc de la Reine, par un jugement du 12 mars 1853, *re* Jodoin & Dufresne, appliqua cette disposition du Statut 4 Vict., et déclara : " Qu'une femme ne peut s'obliger avec " son mari que comme commune et que dans l'espèce, un cau- " tionnement par une femme conjointement avec son mari pour " un tiers, est nul d'après les termes de l'ordonnance de la 4 " Vict., ch. 30."

En France, le fait qu'une femme a contracté avec son mari ne constitue pas une présomption que la femme s'est obligée dans l'intérêt de son mari ou de la communauté.

Chez nous, au contraire le jugement de la Cour d'Appel que je viens de citer, et plus encore l'article 1301 de notre Code, qui ne fait que reproduire d'une manière plus explicite encore la disposition de l'ordonnance, établissent une présomption, que la femme qui s'oblige avec son mari, le fait pour les affaires de son mari ; la jurisprudence est cependant divisée sur ce point, on trouve ça et là des arrêts en sens contraire.

Section II.

LA FEMME NE PEUT S'OBLIGER AVEC OU POUR SON MARI QU'EN QUALITÉ DE COMMUNE, TOUTE OBLIGATION QU'ELLE CONTRACTE EN AUTRE QUALITÉ EST NULLE ET SANS EFFET.

Cette disposition de notre code nous vient, avons-nous dit, du droit romain et de l'ancien droit français. Il faut donc voir quel sens l'on donnait au Velléïen, et comment on l'appliquait tant à Rome qu'en France. L'interprétation des jurisconsultes du temps, devra être la nôtre, et nos tribunaux devront prendre pour modèles, les décisions déjà vieilles de plusieurs siècles, puisque l'on a voulu ressusciter une ancienne loi que la poussière des âges avait, croirait-on, profondément ensevelie :

Disons de suite que cet article, tel que rédigé, fut une mine à procès, et il est étrange que nos législateurs n'aient pas trouvé

d'occasion durant les trente dernières années, d'amender cette disposition, de manière à lui donner un sens plus clair et plus précis.

X

A QUELLES PERSONNES LA DÉFENSE S'ÉTEND-ELLE ?

Il est évident, d'après les termes même de cet article, que la femme mariée seule, est visée par cet article.

La fille majeure et la veuve conservent la possession de leurs biens et l'entière liberté de les administrer à leur guise. Ce n'est donc plus : " Propter imbecilitatem sexus," mais à cause de la qualité de femme mariée que la prohibition est portée. Cette prohibition s'applique-t-elle indifféremment à la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, à celle mariée sous le régime d'exclusion de communauté, ou à la femme commune en biens ?

La réponse me paraît facile : La défense est générale—l'article 1301 ne fait pas d'exception, et s'applique à toute femme mariée, sous quelque régime qu'elle soit mariée.

Quel est en effet, le but de la défense ; n'est-ce pas de protéger la fortune de la femme et de la soustraire aux obsessions importunes d'un mari peu scrupuleux ? Mais n'y aurait-il que la femme commune en biens qui eut besoin de protection ? L'exclusion de communauté, et la séparation de biens n'enlèvent pas au mari la jouissance, et souvent l'administration des biens de la femme, mais alors la femme, sous ces deux régimes requiert aussi l'aide d'un protecteur, et c'est la loi elle-même qui vient à son secours pour la sauve-garde de ses intérêts. La loi ne parle pas plus de la femme commune en biens, que de celle mariée sous d'autre régime : " La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune ; c'est-à-dire : Que la femme mariée ne peut jamais s'obliger pour son mari, cependant si elle le fait, elle ne sera tenue de l'obligation qu'elle a contractée en-

vers le créancier qu'en proportion de sa part dans la communauté :

" Lorsque la femme pendant le mariage n'a pas contracté " seule, mais conjointement avec son mari, sans expression de " solidité, quoique le mari soit censé en ce cas s'être obligé seul " pour le total, la femme n'est censée s'être obligée que pour " moitié et n'est débitrice envers le créancier que pour " moitié." (1)

Ceci s'applique dans le cas où la communauté existe entre les époux. Mais dans le cas d'exclusion de communauté, ou de séparation, la femme ne pourra donc jamais s'obliger pour ou avec son mari, puisque la loi ne permet à la femme de s'obliger pour son mari " qu'en qualité de commune " et que sous le régime d'exclusion de communauté, tout aussi bien sous la séparation de biens, jamais la femme n'acquerra la " qualité de commune." C'est le cas de la maxime : " Expressio unius fit exclusio alterius."

Nous avons dit que la rédaction de l'article 1301 présente un sens confus et embrouillé.

" La femme ne peut s'obliger " qu'est-ce à dire ? A Rome on disait avec beaucoup plus de clarté : " Ne feminæ pro viris "intercederint." La femme ne peut intercéder pour son mari : intercéder c'est-à-dire intervenir, gérer l'affaire d'un autre, en un mot, se mêler d'une affaire qui ne nous regarde pas, se porter garant de l'exécution d'une obligation antérieure, ou tout simplement, cautionner.

C'est dans ce sens que le mot " s'obliger " doit s'interpréter. Autrement ce serait enlever à la femme la capacité et les droits que la loi lui reconnaît, car munie de l'autorisation de son mari, la femme mariée peut s'obliger, c'est-à-dire vendre, acheter, échanger ses biens ; en un mot elle retrouve la capacité que le lien conjugal lui enlève, et redevient capable de tous les contrats civils.

(1) Pothier, Traité de la Communauté, 732.

Section III.

LA FEMME NE PEUT S'OBLIGER AVEC OU POUR SON MARI.

Il n'y a pas de doute à entretenir sur la nullité de l'obligation de la femme au profit du mari.

La jurisprudence romaine, française et canadienne est unanime sur ce point. Il suffit pour s'en convaincre, de jeter un coup d'œil sur les décisions de nos tribunaux, toutes imprégnées des idées romaines confirmées par les Coutumes de France.

La Cour d'appel, dans une cause de Bertrand, Saindoux & Lavoie, (1) a décidé que l'obligation contractée solidairement avec son mari, par une femme séparée de biens, est nulle de plein droit quant à elle.

La Cour Supérieure *re* Shearer & Compain, (2) a maintenu qu'un billet promissoire d'une femme séparée de biens, signé conjointement et solidairement avec son mari pour une dette de ce dernier, est nul—et la Cour de Révision a confirmé le même principe dans une cause de Chapdelaine *vs* Vallée. (3)

" Considérant, dit la Cour d'Appel, (4) qu'en vertu de l'article 1301 du Code Civil, la femme mariée ne peut être tenue des dettes qu'elle contracte avec son mari, qu'en qualité de commune en biens, et que sa présence au contrat n'ajoute rien à l'obligation que le mari contracte pour la communauté."

En 1891, il a été décidé, dans une cause de la Banque Nationale *vs.* Guy, *et al.*, (5) qu'un billet fait par une femme mariée, marchande publique, seule, en faveur d'un créancier de son mari, était absolument nul.

Enfin en 1892, la Cour d'Appel, en appliquant le même prin-

(1) I. R. de L., 333, 1845.
(2) 5, L .C. J.
(3) M. L. R., 3 C. S., 380.
(4) *Re* Fecteau *vs.* Jobidon, 18, R. L., 95.
(5) M. L. R., 7, C. S., 144.

cipe, a prononcé la nullité de l'obligation contractée par la femme *re* Banque Nationale *vs.* Ricard.—(Rapp. Off. C. B. R., 151.)

Nos rapports judiciaires sont remplis de décisions analogues, chaque page nous offre un jugement nouveau consacrant les mêmes principes aussi vrais et aussi vivaces aujourd'hui qu'ils l'étaient au temps de Justinien, de Papon, et de tous les *commentateurs* des vieilles Coutumes françaises.

S'il est certain que la femme mariée ne peut s'obliger pour son mari, que doit-on décider de l'obligation qu'elle contracte avec son mari ?

Distinguons : Si la femme contracte avec son mari dans l'intérêt de ce dernier, l'obligation est radicalement nulle.

Si la femme contracte avec son mari dans l'intérêt d'un tiers.

Je dis encore : l'obligation est nulle, car la loi présume que dans ce cas, la femme s'est engagée plutôt pour garantir l'obligation de son mari que celle de la personne en faveur de qui elle s'est obligée. Je sais que sous l'empire de l'ordonnance de 1841 l'on tenait en certains lieux que " la femme, soit seule, soit conjointement avec son mari, sauf le cas de fraude, pouvait s'engager indéfiniment pour les tiers—" l'ordonnance, ajoutait-on, ne dit pas que la femme ne pourra se rendre responsable avec son mari ; elle dit que la femme ne pourra encourir aucune responsabilité pour les dettes de son mari que comme commune en biens." Quoiqu'il en soit de cette opinion fort respectable d'ailleurs, il n'y a pas lieu au moindre doute sous l'empire de notre code. L'article 1301 est formel : " La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari ", et les codificateurs l'entendaient bien ainsi quand ils disaient dans leur rapport, p. 214 : " Les engagements qu'elle contracte avec son mari, ont été assi- " milés à ceux qu'elle contracte directement pour lui, d'après " une présomption admise par les tribunaux qui ont justement " donné cette extension à la loi."

Conformément aux idées reçues aujourd'hui, l'hon. Juge Mathieu, le distingué doyen de la Faculté de Droit, a jugé, dans

une cause de Leclerc *vs* Ouimet, (1) que l'obligation d'une femme mariée, séparée de biens, résultant de l'endossement par aval, fait conjointement avec son mari, d'un billet promissoire donné pour les affaires d'un tiers, est nulle quant à elle.

Le seul cas, croyons-nous, où il soit permis à la femme de s'obliger avec son mari, c'est quand elle contracte dans son propre intérêt et pour ses propres affaires, car alors ce n'est plus la femme qui s'oblige pour son mari, mais c'est au contraire le mari qui s'oblige pour sa femme, en cautionnant l'engagement qu'elle contracte.

A Rome, sous l'empire du Velléien, l'on refusait le bénéfice du Sénatus Consulte à la femme qui s'était obligée pour sa propre affaire, et on lit dans les Pandectes à la page 257 : " que " l'exception du Sénatus Consulte n'a pas lieu si une femme est " intervenue pour quelqu'un, mais dans une affaire où elle a pro- " fité de cette intervention." Et plus loin, il est dit : " Chaque " fois que la femme aura voulu faire sa propre affaire, il n'y aura pas d'intercession."

" Si femme payait pour un autre aucune somme d'argent de " sa franche volonté sans pleigeure, sachez qu'en ce cas ne serait " secourue par la loy du Velléien." (2)

Nos tribunaux ont en maintes circonstances consacré le même " principe : " Considérant que la loi en déclarant nul tout en- " gagement souscrit par la femme avec ou pour son mari n'a en " vue que d'empêcher la femme de se porter caution pour son " mari, et non d'empêcher le mari de se porter caution pour " sa femme, et n'entend pas annuler l'engagement de la femme " comme caution, par cela seul que son mari aurait souscrit le " même engagement comme caution de sa femme, ce qui serait " contraire au droit naturel." (3)

Du moment qu'il est prouvé que la femme s'est engagée pour

(1) 19, R. L., 78.
(2) Grand Coutumier, Bouteillier, 822. Liv. II T. VI Art. 9.
(3) Jodoin *vs* Banque Hochelaga, R. J. O., II, C. S., 27.

ses propres affaires, ou a bénéficié de l'engagement qu'elle a contracté, il n'y a pas lieu d'appliquer la prohibition du Velléîen, et que, par conséquent, l'article 1301 qui le reproduit ne s'applique pas.

On agite la question de savoir si une femme qui s'oblige avec son mari établit toujours contre elle une présomption " juris et de jure " qu'elle s'est obligée dans l'intérêt de son mari ?

On lit à ce sujet, au 2ème volume de la Revue Légale, page 593, une intéressante dissertation sur cette question, où l'auteur après avoir établi les principes fondamentaux de l'article 1301, exprime l'opinion que la prohibition étant absolue, il ne serait pas permis de prouver à l'encontre de la présomption qu'elle crée.

Je conviens, que la loi présume, que c'est l'obligation du mari et non celle du tiers que la femme a voulu garantir, quand la femme s'oblige pour son mari, ou avec son mari en faveur d'un tiers. Mais quand la femme s'oblige avec son mari, pour ses propres affaires ? Il n'y a pas là de présomption contre la femme, car si elle s'oblige pour elle, elle ne cautionne personne, et la loi ne lui défend que l'engagement pour autrui, pris conjointement avec ou pour son mari. Si la preuve de tout fait est exclue, comment saura-t-on jamais, qui du mari ou de la femme s'est obligé ? Le mari serait toujours responsable, qu'il ait ou non bénéficié de l'acte.

La loi qui protège la femme, et la guide comme par la main à travers les mille dangers qu'elle encourt, ne peut avoir pour but de la soustraire au droit naturel qui lui défend " de s'enrichir aux dépens d'autrui."

A l'appui de ma prétention, je cite deux décisions de l'hon. juge Mathieu, tendant à démontrer que la preuve testimoniale peut être reçue à l'encontre d'une obligation souscrite par la femme dans son intérêt—conjointement avec son mari. Dans une cause de Rabeau & Leroux, le savant juge a délié la femme de toute obligation parce qu'il n'était " prouvé que de fait la

femme avait employé cette somme à l'amélioration de son propre." (1) Dans Parizeau *vs.* Trudeau, l'obligation a aussi été annulée, " parce qu'il n'était pas prouvé que la femme défenderesse a eu le bénéfice du dit prêt."

Dans la Banque Nationale *vs.*Ricard, il a été jugé que le fait seul que la défenderesse s'est obligée avec l'autorisation du mari ne crée pas une une présomption qu'elle ne s'est engagée que pour lui et non autrement. (2)

Section IV.

LA NULLITÉ PRONONCÉE PAR L'ARTICLE 1301 S'APPLIQUE-T-ELLE AU TIERS DE BONNE FOI ?

La conséquence la plus rigoureuse qui résulte de l'article 1301, c'est sans contredit la nullité absolue de l'obligation contractée par la femme avec ou pour son mari qu'elle prononce même contre les tiers de bonne foi.

Ce n'est pas sans hésitation que l'on est arrivé à l'interprétation généralement reçue aujourd'hui, s'il faut en juger par la multiplicité des arrêts contradictoires sur le sujet, car c'est une doctrine excessive, qui en apparence touche de près à l'arbitraire.

En effet, pourquoi la mauvaise foi d'une femme l'emporterait-elle sur la bonne foi d'un tiers ? C'est permettre à la femme d'invoquer sa propre fraude, elle pourra dire au créancier : Vous avez contracté avec moi, tant pis pour vous, vous avez commis une insigne imprudence, car ce n'était pas pour moi que je m'obligeais, bien que je vous l'eusse laissé croire, mais pour mon mari, la loi me protège et annulle mon obligation.

L'on invoque à l'appui de cette doctrine, l'ancienne interprétation que l'on donnait à Rome au Velléïen.

(1) 13. R. L., 378.

(2) Rapp. Off., 2 C. S., p. 162.

" L'exception du Sénatus Consulte disait Papinien, [1] n'a " pas lieu contre celui qui a prêté de bonne foi à une femme, " nonobstant l'emploi qu'elle en a fait dans les affaires de son mari."

" On prête, ajoutait Paul, appui et assistance aux femmes, " lorsqu'elles ont été trompées, et non pour leur donner les mo- " yens de tromper."

L'on retrouve dans les rapports de jurisprudence quelques jugements confirmant les vieux enseignements du droit romain. Ainsi, dans une cause de la Banque Nationale *vs.* Dme H. Ricard, [2] la Cour Supérieure a jugé que pour être relevée de son obligation la femme devait prouver que le tiers était de mauvaise foi, et qu'il connaissait lors du contrat qu'elle s'était obligée pour son mari :

" Considering that a married woman to profit by C. C. 1301, " should prove that the holder of the bill knew at the moment " of its delivery to him for value, that she was obliging herself for her husband, which defendant hath failed to do." [3]

La Cour de Révision s'était déjà prononcée dans le même sens, notamment dans la cause de la Banque Hochelaga *vs.* Valotte.—(Themis, vol. 2, p. 225).

Je dois avouer cependant que telle n'est pas l'opinion reçue aujourd'hui ; l'article 1301 ne laisse pas d'alternative, il est absolu et la jurisprudence tend plutôt à en reconnaître la nullité absolue, en l'appliquant à tous y compris les tiers de bonne foi.

En droit, la bonne foi se présume toujours, et il ne serait pas permis de supposer, que la femme en contractant avec un tiers ait eu en vue de se jouer de lui, en le trompant malicieusement. S'il suffisait d'être de bonne foi pour ne pas tomber sous le coup de la loi, que de lois seraient sans exécution, que de personnes affranchies d'obligations légalement contractées. Mais tous les

(1) Pandectes. Vol. 6, p. 240.
(2) Rapp. Off., 2 C. S., p. 162
(3) Kearny *vs.* Gervais, 3 Rapp. Off., C. S. p. 406.

jours sous prétexte que l'on était de bonne foi, on pourrait ainsi se soustraire aux rigueurs que la loi prononce contre ceux qui ne se conforment à ses prescriptions. La Cour Supérieure dans la cause de McLean *vs.* O'Brien, (1) a déclaré que la nullité portée par l'article 1301, étant d'ordre public, s'appliquait à tous même aux tiers de bonne foi.

" The prohibition of the law is so strong, disait l''hon. juge " Badgley, that those who treat with married women must see " that their obligations turn to their advantage."

" Les tiers, poursuit l'hon. juge en chef Lacoste, en rendant " le jugement dans la cause de Ricard et la Banque Nationale, " (2) renversant celui de la Cour Supérieure, qui contractent " avec des femmes sous puissance de mari doivent être sur leur " garde.

" Si la femme ne pouvait invoquer l'article 1301 à l'encontre " des tiers de bonne foi, il serait très facile d'éluder les consé- " quences de la loi, et la nullité prononcée ne serait que relative " contrairement au désir du législateur, qui a voulu qu'elle fut " absolue.

" La nullité de l'article 1301 est d'ordre public et peut être " invoquée contre les tiers même de bonne foi."

Il est hors de tout doute que le législateur en portant ces lois de prohibition n'ait eu pour but, l'indissolubilité du traité nuptial, la bonne entente entre les époux, l'harmonie dans la société et le maintien de l'ordre public.

La prohibition en elle-même répugne, elle froisse des intérêts particuliers en mettant des entraves à la volonté du contractant ; mais devant l'intérêt général, il faut s'incliner et dire avec Lahaie " que le maintien de l'ordre public dans une société, est " la loi suprême."

" Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer

(1) R. J. C. S., vol. XII, p. 110.
(2) Rapp. Off. B. R., 1894.

des volontés particulières au-dessus de la volonté générale—ce serait dissoudre l'état."

D'ailleurs, il est de principe que la prohibition résultant de lois fondées sur le bien public est absolue, et s'étend à tous ceux qui contractent sous l'empire de ces lois : " Juri publico priva-" torum pactis derogari non potest."

Cette loi disait le juge Aylwin, est une loi d'ordre public. Toute tentative d'évader une semblable loi est une fraude et ouvre la porte à la preuve orale.

Ce n'est pas une obligation naturelle dit le juge Johnson en rendant le jugement *re* Rhéaume & Caille, mais une fraude à la loi et à l'ordre public.

Notre article 1301 comporte donc une nullité que rien ne peut couvrir.

L'obligation contractée en dépit de cette défense est en conséquence nulle " ab initio ", et ne produit aucun effet :

" Quod nullum est nullum producit effectum." C'est le néant et rien ne saurait faire revivre le germe de l'obligation contractée, de manière à donner un regain de vie au contrat que la loi déclare nul et de nul effet.

Le temps, la ratification, le silence ou le consentement des tiers intéressés n'ajoutent rien à la validité de l'obligation. Aux yeux de la loi c'est le néant : " Quod non est confirmari nequit " ou " Quod ab initio nullum est non potest tractu temporis con-" valescere ", et la nullité peut en être demandée par toute personne.

Demolombe enseigne que " l'obligation sans cause ou sur une " fausse cause ou sur une cause illicite ne donne pas lieu seule-" ment à une action en nullité, mais qu'elle est de plein droit " frappée de nullité."

Cette doctrine est pleinement confirmée par la jurisprudence et la majorité des auteurs.

Dunod, (¹) traitant la question de l'étendue et des effets de la nullité absolue, s'exprime comme suit :

" La nullité absolue ou radicale peut être alléguée par toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur opposer qu'elles se prévalent du droit d'un tiers ; et le juge peut y prendre égard d'office, quand personne ne la proposerait."

Généralement la nullité d'une obligation ne peut être prononcée que sur la demande de la partie en faveur de qui la loi prononce la nullité, à moins que la nullité ne soit d'ordre public—dans ce cas, toute personne peut s'en prévaloir."—(Laurent, vol. 15, p. 460).

CAUTIONNEMENT DE LA FEMME.

Le danger devient plus imminent quand il s'agit du cautionnement de la femme pour son mari.

Va-t-on prétendre que la femme, à qui son mari demande de garantir pour lui, l'exécution d'une obligation déjà commencée ou de souscrire un billet, par exemple, pour le tirer de mauvaises affaires, devra se défier de lui—et douter de son honnêteté. Non, ce serait supposer un état de chose, qui ne doit pas exister dans une société bien organisée, et surtout dans un ménage où la paix et l'harmonie règnent avec l'amour et la fidélité.

Non, la femme, n'écoutant que son cœur s'engagera en toute confiance, signera tout ce qu'on voudra, dans l'espoir du succès pour son mari et avec l'assurance qu'à l'échéance tout sera réglé: l'honneur de son mari sera sauvé, elle aura fait son devoir. C'est contre ce danger imprévu que la loi veut la protéger. S'agit-il au contraire de payer de suite. La position change. Il faut que la femme alors se départisse d'une partie de son bien, qu'elle se prive bien souvent. Mais alors, elle a tout le temps voulu pour y réfléchir et penser aux conséquences de l'aliénation qu'elle veut consentir. Elle embrasse de suite l'acte qu'elle commet

(1) Prescription, ch. 8.

avec toutes ses conséquences, et dans toute son étendue. Aussi s'engagera-t-elle avec beaucoup moins de facilité que dans le cas du cautionnement, où le plus souvent, elle ignore l'étendue de l'obligation qu'elle contracte ; la loi la reconnaît suffisamment protégée par la connaissance qu'elle a de l'acte qu'elle accomplit.

" Facilius se obligat mulier quam alicui donat." Elle s'oblige plus facilement qu'elle ne donne.

La loi veut que l'engagement de la femme pour son mari ne produise aucune obligation, pas même une obligation naturelle. C'est une erreur de croire que l'obligation nulle aux yeux de la loi comme contraire à l'ordre public puisse produire certains effets, et être valable en équité.

" Quod nullum est non producit effectum."

La loi en déclarant civilement nulle l'obligation de la femme mariée v. g. veut qu'elle soit aussi nulle naturellement, puisque la femme n'était pas dans les conditions voulues pour s'obliger valablement. En effet, la femme qui cautionne pour son mari —ne retirant aucun avantage personnel, aucun profit de l'acte qu'elle souscrit, est présumée avoir agi sous la pression de la volonté de son époux. Son consentement n'est pas volontaire et souvent il n'est que le résultat du dol, de l'artifice et de la fraude concertés entre le mari et le créancier. Il ne peut donc y avoir d'obligation naturelle de la part de la femme.

" Il faut bien se garder, dit Marcadé, de ranger au nombre des " obligations naturelles celles dont l'invalidité tient à une dé- " fense de la loi, qui les réprouve et les condamne comme con- " traires à l'ordre public. Il est en effet impossible d'admettre " que tout en prohibant une convention comme contraire au " bon ordre ou à l'intérêt général, la loi se charge de protéger " l'exécution de cette convention ce serait mettre le législateur " en flagrante contradiction avec lui-même."

Ici se présente la question de savoir si la femme qui a accepté

le cautionnement fourni par elle pour son mari, peut répéter ce qu'elle a ainsi payé ?

Le cas s'est présenté dans une cause de Buckley & Brunelle, (1) et la Cour d'Appel a jugé : Que la femme séparée de biens qui, s'étant ainsi rendue caution pour son mari, acquitte son cautionnement, a droit de répéter ce qu'elle a ainsi payé. Cette décision a été suivie depuis, et fait maintenant jurisprudence.

Tout paiement n'est que l'exécution d'une obligation soit naturelle, soit civile. Or, aux termes de l'article 1301, l'obligation que contracte la femme vis-à-vis de son mari, est radicalement nulle, ne produisant pas même d'obligation naturelle, et partant ne saurait avoir d'exécution :

" Quod non est, confirmari nequit."

Donc la femme acquitterait une dette qui n'existe pas en loi, ni en équité, et par conséquent elle est appelée à jouir du privilège que lui accorde l'article 1048 du Code Civil, de répéter ce qu'elle a indument payé au créancier qui, aux termes de l'article 1047, est tenu de le lui restituer.

La Cour d'Appel en accordant à la femme le bénéfice de répétition n'a fait qu'appliquer les dispositions du Sénatus Consulte Velléïen que l'article 1301 reproduit. Aussi sous l'empire du Velléïen, le contrat d'intercession de la femme pour son mari, était tellement nul, que le créancier était remis en ses premiers droits, et pouvait agir contre le vrai débiteur par suite de la répétition de la femme, sans égard à la décharge que le créancier lui avait donnée.

Section V.

LES PROHIBITIONS ENTRE ÉPOUX SONT ELLES DE DROIT STRICT ?

Quand il s'agit de porter atteinte à l'état et à la capacité d'une personne, quand par une loi, on lui enlève, une portion de

(1) XXI, L. C. J., p. 133, 1873.—Foisy *vs* Lafleur et La Banque des Marchands, 21 R. L., p. 514 (1891).

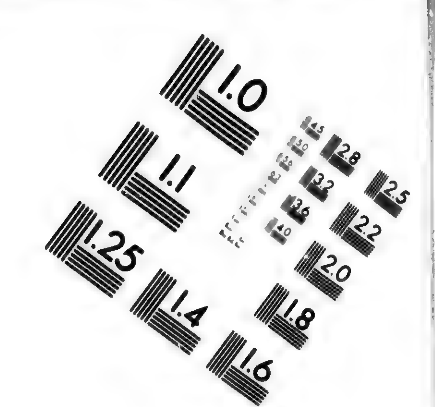
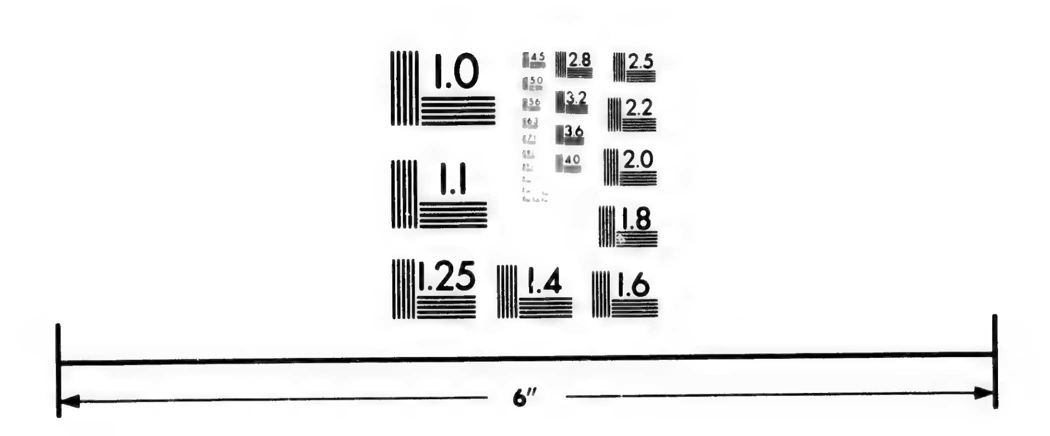
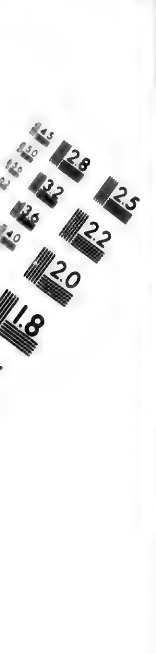
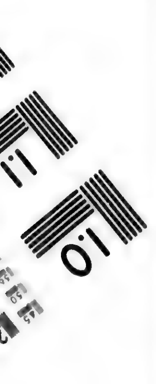


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8


1.1
1.0

sa liberté, il faut être prudent, et se borner au cas que la loi prévoit, et surtout, se garder de passer d'un cas à un autre.

En effet, n'est-il pas universellement reconnu qu'en principe, toute loi positive est odieuse : " Lex positiva est odiosa. "

Entendons nous.—Il est évident que je ne parle pas ici de la loi naturelle, car la loi naturelle étant une émanation de la loi divine, et participant à la nature même de l'homme, ne peut rien ordonner qui répugne à l'homme d'accomplir. Je veux parler de la loi positive humaine, qui, venue postérieurement à la loi naturelle, commande parfois de faire telle ou telle chose, que celle-ci ne défend pas, et par suite met un frein à la liberté du sujet qui y est soumis. Ainsi, la loi naturelle ne défend pas les donations entre époux, ni à la femme de s'obliger pour son mari, au contraire la nature même de l'union conjugale, et l'usage de bons procédés entre époux, semblent favoriser ses faveurs entre conjoints. Cependant une loi positive les prohibe absolument

L'homme comprend qu'il doive s'y soumettre pour éviter un plus grand mal, mais n'empêche,qu'il sente sa liberté comme enchaînée par cette disposition de la loi qui lui défend de faire une chose licite en elle-même, et conforme aux principes de la loi naturelle. C'est dans ce sens que nous disons que la loi positive est odieuse. Le mot " odieuse " ne rend peut-être pas l'idée, et n'a pas la portée du mot latin " odiosa."

Ainsi, quelle qu'elle soit, toute loi positive commande de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose, c'est donc une entrave mise à la liberté du sujet soumis à l'empire de cette loi.

Je conçois, que cette violation de la liberté individuelle est nécessaire pour le bien général, et qu'un état ne saurait se maintenir, en laissant à chacun le droit de se conduire à sa guise.

Il faut à tout état bien organisé, une législation, à toute société, ses lois particulières qui assurent à tous la conservation de leurs droits, et qui maintiennent le bon ordre et la sécurité publique.

Mais s'il répugne à la nature de l'homme de sacrifier au bien

public, la plus belle de ses qualités, de faire taire en les soumettant aux préceptes de la loi commune, les aspirations de son âme, qui ne tendent toujours qu'à plus grande somme de liberté, combien plus lui en coûtera-t-il, de voir ses ambitions particulières restreintes, et sa liberté réduite à une sphère d'action plus restreinte encore.

Aussi, dans l'interprétation d'une loi prohibitive, c'est-à-dire d'une loi qui, dans la société ne frappe qu'une certaine classe de personnes, et qui défend tel acte qui serait absolument valable eut-il été fait par une autre personne, doit-on s'en tenir à la lettre de la loi, sans tenir compte des déductions que l'on peut faire, ou des conséquences que l'on peut tirer.

" La lettre tue, et l'esprit vivifie " a-t-on dit quelque part avec beaucoup de sagesse. Mais ce vieil adage pour être vrai en certains cas, ne trouve pas son application, en matière de lois prohibitives.

Ces lois en effet sont des lois d'exception, et comme telles, elles excipent du droit commun, et ne peuvent s'appliquer qu'au cas particulier qu'elles prévoient.

Etendre le sens strict d'une loi prohibitive, c'est atteindre un résultat non prévu, c'est attaquer souvent certains actes auxquels le législateur a voulu, précisément en ne les mentionnant pas dans la défense, accorder pleine et entière efficacité.

Etendre l'application d'une loi prohibitive, c'est aller au-delà de la pensée du législateur, c'est vouloir défendre plus que la loi ne prohibe, c'est vouloir présumer ; Or les nullités étant de stricte interprétation ne peuvent se présumer ; il n'y a que la loi qui puisse les prononcer.

Passer d'un cas à un autre, dans l'application d'une loi prohibitive, c'est souvent errer dans l'arbitraire, avant de tomber dans l'injustice ; et c'est précisément, pour prévenir la fraude et l'injustice, que le législateur édicte ces lois de prohibition ou ou d'exception. Il faut donc, à mon avis, s'en tenir à la lettre de la loi, de peur d'en manquer l'effet en dépassant le but.

A l'appui de mon opinion, je cite Domat, dont la doctrine, et les enseignements font autorité parmi les auteurs les plus accrédités. Il enseigne (page 90, No. 15) :

" Que les lois qui restreignent la liberté naturelle, comme " celles qui défendent ce qui de soi n'est pas illicite, ou qui " dérogent autrement au droit commun, s'interprètent de sorte " qu'on ne les applique pas au-delà de leur disposition, à des " conséquences, pour des cas où elles ne s'étendent point ; et " qu'au contraire, on y donne des tempéraments d'équité et " d'humanité qu'elles peuvent souffrir."

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE I.

L'INCAPACITÉ DES ÉPOUX PRONONCÉE A L'ÉTRANGER SERA-T-ELLE RECONNUE PAR NOS LOIS.

C'est au 13ième siècle que, pour la première fois, le monde des légistes s'émut à l'annonce de la naissance d'une nouvelle école dite des "Glossateurs," école célèbre à juste titre, et dont le programme semblait innover aux doctrines jusque là professées.

C'est alors que s'engagea, ce combat singulier entre la Réalité et la Personnalité des statuts, combat, qui dégénéra peu à peu en bataille générale, où, chaque pays, vit descendre dans l'arêne ses plus vaillants défenseurs. Certes la lutte était belle, le feu également bien nourri, un mouvement de sortie se faisait-il dans le camp des Réalistes, que de suite toute la force ennemie était sur pied. C'est dans ce combat mémorable qui "ne devait pas finir faute de combattants" que l'on put compter parmi les chefs de bataillon, les hommes les plus distinguées de leur époque, tant par leur science et leur érudition, que par la force des arguments qu'ils apportaient au soutien de leur cause. Trois siècles de lutte, et la question n'est pas encore vidée !

Section I.

L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ D'UNE PERSONNE CONSTITUENT-ILS POUR ELLE SON STATUT PERSONNEL OU SON STATUT RÉEL ?

Il serait téméraire de vouloir décider d'un seul coup, un problème que l'expérience des siècles a, à peine résolu. Examinons plutôt les diverses théories, tant en faveur de la Réalité que

la Personnalité des statuts, et nous tâcherons ensuite d'adopter celui des systèmes, qui paraîtra le plus conforme à l'esprit de nos lois.

L'Ecole des Glossateurs parut, avons-nous dit, vers le 13ième siècles, ces glossateurs de "glose" "glossa" notes ou explications, n'étaient rien autre chose, que des Commentateurs du droit romain, qu'il reconnaissaient comme étant le droit commun. Partant de ce principe : Que le droit romain était le droit commun " ils enseignaient que toute loi contraire aux dispositions romaines ne pouvait avoir d'application en dehors du territoire, et que le droit romain seul, avait droit de cité partout.

C'est à eux, que revient l'honneur d'avoir fait la distinction importante entre la personne et les biens. Ainsi la majorité des glossateurs entr'autres, Barthole, Balde, André, Oldrade professent v. g. que les immeubles doivent être régis par la loi du territoire tandis que les meubles n'ayant pas d'assiette fixe suivent la personne : " Mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus inhaerent," admettant par là que le statut qui régit la personne diffère de la loi commune, qui gouverne la propriété.

La tendance constante des glossateurs est d'accorder la la première place à la personne, et c'est Barthole qui, le premier, posa la différence entre les statuts ; seulement sa manière de procéder laisse quelque peu à désirer.

" Si le statut mentionne en premier lieu la personne, il sera personnel ; si au contraire, il mentionne d'abord les biens, il sera réel."

Faire dépendre de sa phraséologie, la validité et l'application d'une loi, c'est peu logique et la distinction paraît futile pour ne pas dire puérile. L'on peut s'expliquer ce manque de raisonnement par la crainte que devait éprouver Barthole, de professer une doctrine nouvelle, et qui renversait les idées reçues jusqu'alors. Tout en posant le principe de la personnalité, il voulut se ménager quelque sympathie parmi ses

adversaires, en professant comme eux, une grande admiration pour les doctrines du plus pûr réalisme.

C'est pour faire triompher ce même principe de la Personnalité, que depuis le 16ième surtout, les légistes les plus distingués ont déployé toutes les forces de leur intelligence, pour doter leur pays d'écrits et d'ouvrages, qui pour énoncer des doctrines opposées n'en brillent pas moins par la sincérité, la science et le génie.

ÉCOLE RÉALISTE.

Partant du principe que les lois n'ont en vue que les biens et la propriété, l'on enseigne chez les Réalistes :

1o. Que toute coutume est réelle, et partant, ne s'étend pas au-delà du territoire ;

2o. Que l'homme n'étant que l'accessoire du sol, ne saurait se soustraire à la loi du territoire qui est la seule reconnue.

Il n'est pas besoin d'examiner bien avant cette doctrine, pour ne pas reconnaître immédiatement, qu'elle est toute imprégnée des idées et des notions du système féodal, système oppressif qui aprés avoir divisé l'Europe en autant de petits Etats qu'il y avait de Princes ou de Barons, a suscité ces querelles et ces luttes, qui n'avaient pour motifs que l'arrogance et la jalousie du maître vis-à-vis de son voisin et rival, aussi fier que lui de sa puissance.—L'homme n'est que l'accessoire du sol.

" Quoi ! s'écrie Laurent avec indignation, l'homme dont la mission est de devenir plus parfait comme son Père dans les cieux serait la dépendance de la terre ? Et sans biens, il ne serait qu'un cadavre vivant selon l'expression de Bourgouingue. Jésus-Christ aurait donc été un cadavre vivant, lui qui n'avait pas de pierre où il pût reposer sa tête ! Il est vrai que l'homme ne saurait vivre sans les objets du monde physique ; il est vrai qu'il ne pourrait développer son intelligence et son cœur, s'il n'a pas à sa disposition les instruments nécessaires, mais tous ceux qui croient qu'il ont une âme, disent que les biens ne sont qu'un

moyen, et que l'homme dans ce qu'il a de plus noble, est le but." [1]

Il serait trop long d'entrer dans les détails de l'enseignement réaliste, qu'il nous suffise de savoir que pendant longtemps, cette doctrine avait cours dans presque tous les pays d'Europe.

D'Argentré, Boullenois en France ;

Voët-Rodenburg en Hollande ;

Pûtter en Allemagne ; Bourgouingue en Belgique, tous pétris dans le moule des lois féodales, enseignent les mêmes principes. Tous sont d'un réalisme digne du moyen âge, la personne pour eux, n'est qu'un être secondaire soumise à la matière, la loi du territoire est l'unique loi qu'ils reconnaissent.

" Il serait plus facile dit un auteur d'enlever à Hercule sa massûe que de les faire départir de l'axiome que "toute coutume est réelle."

De nos jours l'école réaliste trouve encore de nombreux adeptes.

Feolix, par exemple n'admire que d'Argentré, dont il professe l'austère doctrine

Waêchter continue de répandre en Allemagne les mêmes idées parmi les siens, tandis que Phillimore, Westlake, Foote Bar, Wheaton, Kent et Story, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis oublient qu'ils appartiennent aux deux nations réputées les plus libres du monde, et ne reconnaissent que les dispositions de la "Common law" dernier vestige de la féodalité. Les lois étrangères n'ont aucun effet chez eux. Tout ce qui n'est pas anglais ou américain, n'existe pas aux yeux de la " Common law." La réalité des lois anglaises dit Laurent, tient à la nature particulière de la Souveraineté féodale, celle-ci est attachée au sol, c'est la terre qui est souveraine, l'homme n'est souverain que par ce qu'il possède la terre."

Curieuse doctrine à la vérité, et qu'il est étrange de retrouver dans ce pays qui se pique d'offrir au monde la plus grande som-

(1) Laurent, Dr. Int., p. 531.

me de liberté. Est-il un peuple qui ait poussé plus loin, le lien qui unit les sujets à la patrie : " Once a british subject, always a british subject " suivant les lois anglaises ; partout où il va, le sujet reste anglais ; par une curieuse anomalie, la même loi veut que l'étranger ne puisse pas jouir en Angleterre, du même privilège qu'elle accorde à ses nationaux en quelque pays qu'ils se trouvent.

Quoiqu'il en soit, en Angleterre et aux Etats-Unis, c'est la loi du territoire qui gouverne, l'homme n'est que l'accessoire du sol. Comme si le créateur avait fait l'homme pour la terre et non pas la terre pour l'homme. Est-ce que par hasard, le ruisseau qui murmure dans la plaine, l'allouette qui voltige au bord des flots, l'abeille qui butine, la fleur qui penche sa blanche corolle sous la rosée du matin, le boeuf qui creuse les champs de sillons d'où s'échappe une abondante moisson, est-ce que tout ce joyeux concert de la nature n'est pas l'expression de la bienveillance du créateur vis-à-vis de l'homme ?

Est-ce que la création toute entière aurait changé de destinée ! Mais alors, faire dépendre l'homme de la terre, en faire l'accessoire, c'est accorder la première place à la matière, c'est rejeter l'enseignement chrétien, pour accepter une doctrine antireligieuse et immorale. L'homme est et restera le chef d'œuvre de la création. Tout dans la nature est fait pour lui, tout doit lui obéir ; il est le souverain maître.

Opinions des auteurs.

Tous admettent l'exiome "toute coutume est réelle."

Suivant d'Argentré, pour qu'un statut soit personnel il faut plusieurs conditions :

1o. Le statut doit regarder directement et principalement l'état de la personne ;

2o. Il doit avoir pour objet la personne toute entière ;

3o. Il ne doit y avoir dans le statut rien qui touche à la propriété ;

4o. Dans le cas où la personne et la propriété se rencontrent dans le même statut, il sera réputé réel.

C'est tourner dans un cercle vicieux, pour revenir au même principe, fondement de la doctrine "que tout statut est réel." Quel est en effet la loi, qui tout en régissant principalement la personne, ne touche de près ou de loin, la jouissance ou la propriété de quelques biens.

Boullenois prétend que reconnaître à la personne une loi spéciale, c'est déroger aux principes généraux qui veulent que "toute loi soit réelle."

D'après cet auteur, c'est la courtoisie ou l'intérêt qui est l'unique fondement de la personnalité, c'est-à-dire, qu'il dépend du bon vouloir des tribunaux forains d'admettre l'étranger à invoquer la loi de son pays.

Cette doctrine incertaine et peu stable ne repose sur aucun principe sérieux, et n'offre pas de garantie suffisante, que justice égale sera rendue à tous, puisque ce qu'un tribunal refuse, peut fort bien être reçu par un autre.

Putter : soutient avec force arguments que l'étranger, en Allemagne, ne peut rien ; il est soumis à la loi du territoire sans restriction. Il est en quelque sorte " dans la main du prince " "c'est sa chose."

L'austérité de cette doctrine nous amène à une conséquence inévitable. Le sujet allemand en pays étranger devrait être traité de la même manière. Mais alors plus d'ententes amicales entre nations, c'est la défiance continuelle et l'usage des représailles ; la parole de Plaute " Homo Homini lupus "—l'homme est un loup pour l'homme—trouve ici son application.

" Le bonheur d'un peuple, disait Condorcet, loin de s'accroître par l'affaiblissement de ses voisins, doit augmenter au contraire par leur prospérité, puisqu'il en recevrait alors l'exemple de bonnes lois, de nouveaux moyens d'industrie, tous les avantages enfin, qui naissent de la communication des lumières.

Le véritable intérêt n'est jamais séparé de l'intérêt général du

genre humain, car la nature n'a pu vouloir fonder le bonheur d'un peuple sur le malheur de ses voisins, ni opposer l'une à l'autre, deux vertus qu'elle inspire, l'amour de la patrie et de l'humanité." (1)

Selon Waêchter :

Il n'y a que les lois du pays qui produisent quelqu'effet, et le juge n'a pas le droit d'appliquer d'autres lois que celles de son pays, à moins que le législateur ne s'en soit exprimé d'une manière précise et formelle.

Si nous traversons les mers pour aborder sur les rivages du nouveau monde, le même rigorisme—pour ne pas dire égoisme, nous accueille.

Ici peut-être plus qu'ailleurs, les fondateurs de la Grande République Américaine pour avoir brisé tout lien d'affinité avec la Mère-Patrie, en conservèrent cependant toutes les doctrines du droit international anglais, dans ce qu'elles ont de plus absolu et de plus réaliste.

Prenant Huber pour modèle, les légistes anglo-américains rejettent toute distinction entre les statuts.

Pour eux la loi seule, l'unique loi, la loi Suprême, c'est la " Common law."

Ce n'est pas la loi personnelle dit Story (Conflit of laws p. 138) qui détermine la capacité de la personne c'est la loi du lieu où le contrat se passe."

La doctrine Anglo-Américaine procède du principe que chaque Etat possède une souveraineté indépendante et exclusive, partant, il n'y a que la loi du territoire qui doive s'appliquer, car " l'essence de la souveraineté dit Lewis (2) c'est d'être " légalement, toute puissante au dedans de son propre territoire, " et d'être aussi légalement impuissante au dedans du territoire d'un autre Etat."

Avec ce système poursuit Laurent "chaque territoire devient

(1) Condorcet, T. X. Oeuvres.
(2) On Foreign Jurisdiction, p. 11.

" une prison ou un Etat comme la Chine, entouré d'un mûr qui
" le sépare du reste du monde."

Voilà en peu de mot le résumé de la doctrine réaliste.

ECOLE PERSONNALISTE.

Passons maintenant aux théories de l'école dite personnaliste.

Après les Glossateurs, à qui, avons-nous dit, revient l'honneur d'avoir établi une distinction importante entre la personne et les biens; DUMOULIN nous apparaît comme le chef de cette école, et parmi les légistes que sa doctrine a séduits nous comptons d'abord Guy-Coquille, puis Bouhier, puis Savigny, et plus tard Laurent, Mancini, Esperson, qui tous, les uns après les autres, revendiquent pour la personne l'honneur du premier rang que la Réalité occupait jusque-là.

Froland, tout réaliste qu'il était, ne pouvait s'empêcher d'admettre que la personne étant de beaucoup la plus noble, devait nécessairement l'emporter sur les biens qui, disait-il," ne sont " faits que pour elle."

C'est de ce principe que procèdent les partisans du système personnaliste :

"Tout aboutit aux personnes, disait Portalis au corps législatif," y aurait-il des lois s'il n'y avait pas de personnes ? Qu'est-ce que les lois ? Elles forment le droit, et le droit est l'expression de la nature de l'homme."

Il est vrai que les lois ont aussi pour objet les biens. Mais les dispositions de la loi ne s'appliquent aux biens qu'à raison de la jouissance, de la possession ou de l'administration que l'homme pourra en avoir. C'est donc l'homme que la loi envisage en premier lieu ; la propriété des biens qu'il veut avoir n'est que secondaire. Ce n'est pas à dire que le statut réel n'existe pas, au contraire, il se peut fort bien qu'une loi sans s'occuper de l'intérêt de la personne, vise directement les biens. V. G. la loi des hypothèques ; cela ne veut pas dire que le statut

réel l'emporte sur le statut personnel. C'est une exception à la règle gnérale. Voilà tout.

Boullenois, un autre réaliste reconnaît aussi certains droits à la personne quand il dit : " qu'un statut est personnel lorsqu'il imprime à la personne un certain dégré de capacité ou d'incapacité personnelle ; lorsqu'il donne à la personne les facultés habituelles nécessaires pour le commerce de la vie civile, ou encore lorsqu'il les lui ôte en tout ou en partie."

Disons, en passant, que cette partie du témoignage de Boullenois s'applique à la lettre au sujet particulier que nous traitons, car les lois prohibitives,et par suite l'incapacité des époux n'enlèvent-elles pas à la personne, tout ou partie des qualités habituelles nécessaires pour le commerce de la vie civile ? Ce serait donc le statut personnel des époux qui devra régler les incapacités qui les frappent. Nous reviendrons sur ce sujet plus tard.

"Quand le statut sera-t-il réputé personnel ?

" Il faut dit Guy-Coquille, considérer l'intention et l'esprit de la loi sans s'arrêter aux termes. Il faut toujours voir ce que les rédacteurs de nos Coutumes ont voulu dire."

Le véritable principe ajoute d'Aguesseau est qu'il faut distinguer si le statut a directement les biens pour objet ou leur affectation à certaines personnes, et leur conservation dans leur famille ; en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la personne dont on examine les droits ou les dispositions, mais l'intérêt d'un autre dont il s'agit d'assurer la propriété, ou les droits réels qui ont donné lieu à la loi. Ou si au contraire toute l'attention de la loi s'est porté vers la personne pour décider en général, de son habilité ou de sa capacité générale et absolue, comme lorsqu'il s'agit des qualités de majeur ou de mineur, de père ou de fils légitime ou illégitime d'habilité ou d'inhabilité à contracter pour des causes personnelles, dans le premier cas, c'est le statut réel, dans le second c'est le statut personnel."

Généralement tout statut relatif à l'état et à la capacité d'une personne, est personnel. On appelle "état" la position d'un

homme considéré soit comme membre de l'association politique, soit comme membre de la famille. Dans le premier cas c'est son état civil public ; dans le second c'est son état civil privé. On appelle " capacité " l'aptitude à jouir des droits que confère cet état.

Parmi les auteurs modernes, Savigny est un de ceux qui ont bataillé le mieux pour la conquête des droits de la personne.

Repoussant la théorie Anglo-Américaine qui fait reposer la personnalité sur la courtoisie et l'intérêt des nations, il enseigne au contraire qu'il existe une communauté de droits entre les peuples, base du droit international privé—de plus, continue ce légiste, le juge doit appliquer la loi qui régit le fait juridique qu'il est appelé à juger, et doit décider comme aurait décidé le juge étranger en vertu de la loi étrangère (Savigny T. VIII p. 27).

D'après Savigny, il existerait entre les nations un lien juridique qui les unit et les oblige l'une vis-à-vis de l'autre à respecter leurs lois réciproques. C'est le droit substitué à l'arbitraire d'une courtoisie purement nominale.

Esperson, au nom de l'école Italienne, soutient que " chacun peut invoquer la loi de sa nation, pourvu qu'elle ne porte " pas atteinte au droit public de l'état devant les tribunaux au-" quel il en demande l'application."

C'est la doctrine personnaliste la plus avancée. Le statut personnel est tellement attaché à la personne, disent certains auteurs, qu'il en est inséparable. D'autres poussant l'application du principe plus loin, ajoutent : qu'il est inhérent aux os "ossibus inherent" ; d'autres enfin le comparent à une plaie, à la lèpre· · . . . :

Telle est la doctrine personnaliste généralement reçue de nos jours. Sauf le droit Anglo-Américain, resté fidèle aux traditions rigoureuses du moyen âge, la législation européenne s'est considérablement départie du vieil axiôme "que toute coutume est réelle ". Plus l'espace qui nous sépare du régime féodal aug-

mente, plus le système de la réalité diminue et plus aussi la personnalité fait du chemin.

Aujourd'hui grâce aux découvertes et aux progrès incessants de la science, les rôles sont changés. La personnalité est la règle, la réalité l'exception. Il suffit d'ouvrir les codes des diverses puissances pour nous convaincre de la vérité de cette proposition :

CODE NAPOLÉON.

Art. 3. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant à l'étranger.

CODE ALLEMAND.

Reproduit la même disposition, puis il ajoute : Les lois concernant les formes applicables à toutes les personnes qui passent des actes dans le territoire ou qui y plaident ou font exécuter leurs actes.—C. A. art. 3.

CODE DU CANTON DE VAUD.

Reproduit l'art. 3 du Code Napoléon.

CODE AUTRICHIEN.

Art. 4. Les lois obligent les citoyens à l'étranger pour leur capacité, et régissent leurs actes dans l'exécution qu'ils reçoivent à l'intérieur.

CODE ITALIEN.

Art. 6. L'Etat et la Capacité des personnes sont réglés par les lois de la motion dont elles font partie.

Mancini, l'inspirateur du Code Italien, était un personnaliste dans la force du mot. Aussi sous l'empire des lois italiennes,

la condition de l'étranger est très favorable. L'Italie respecte les lois étrangères, mais en retour elle exige que ses nationaux reçoivent ailleurs la même somme de protection.

" Ce qui est plus digne, tire à soi, ce qui est moins digne" C'est le principe qui a guidé Mancini dans ces intéressantes discussions sur la personnalité des statuts ; principe reconnu aujourd'hui de tous, sauf des anglo-saxons et des Américains.

CONNAISSANT A PRÉSENT LA DOCTRINE DE D'ARGENTRÉ ET CELLE DE DUMOULIN, LAQUELLE DES DEUX DEVONS-NOUS ACCEPTER ? QUELLE EST CELLE QUI S'ADAPTE LE MIEUX A L'ESPRIT DE NOS LOIS ?

Il me semble qu'il est temps de réagir contre la tendance que l'on a dans le pays de recourir aux précédents anglais, et de s'inspirer de la doctrine Anglo-Américaine, du moment qu'une question de droit international privé se soulève.

On semble ignorer la distnction importante à faire, entre le droit international public et le droit international privé. S'agit-il de traiter de nation à nation, c'est le droit international public qui s'applique.

Le traité de 1763 ne nous ayant pas reconnu le droit de conclure en notre nom personnel, tel traité ou pacte qu'il nous plaira de faire, n'étant qu'une colonie, nous devons nécessairement suivre dans ce cas le droit international public du Royaume.

S'agit-il au contraire de l'interprétation d'une loi ou d'un contrat qui affecte le sujet en pays étranger, ou encore deux personnes de nationalité différentes, alors c'est le droit international privé qui devra s'appliquer. Or le droit international privé découlant du droit civil, est compris dans l'ensemble de nos lois ; il est une branche distincte de notre droit ? Quel est notre droit. N'est-ce pas le droit français contenu dans la Coutume de Paris ? Est-ce que tous les jours dans l'interprétation de nos lois, Pothier, Domat, Duranton, Merlin ne nous guident-

ils pas comme par la main, au travers les dédales de nos lois pour nous montrer, à la lumière de leur science, la voie qu'il faut suivre ?

Si nos tribunaux s'inspirent des jurisconsultes français et basent leurs arrêts sur les décisions rendues sous l'empire des lois françaises, quand il s'agit de contrats purement civils, pourquoi refuserait-on de puiser à la même source les renseignements nécessaires et la vraie doctrine, sur les questions de droit international privé puisqu'il découle de notre droit civil.

C'est donc une erreur de croire qu'il faille recourir au droit Anglo-Américain, comme source de notre droit international privé : C'est le droit français et non la "Common law" qui devra régir l'état et la capacité du sujet étranger dans le pays.

A l'appui de cette assertion, citons un jugement de la Cour Supérieure, rapporté 4 Q.L.R. 120, S.C.R. 1877, qui tend à dire que c'est le droit français qui doit s'appliquer ici.

JUGE :

" That according to the well established jurisprudence of " the Parliament of Paris for more than two centuries before " that tribunal was abolished, a community of property was held " not to exist between persons who having been domiciled and " having married without contract, in a place where the law of " comunity, dit not exist, afterwards established their domicile " and acquired property in a county, where the law of commu- "nity, did exist, and the same jurisprudence founded upon a " doctrine approved of by the most exteemed commentators of " the Code Napoleon has been invariably observed by the Courts " of the Province of Quebec, the law of community being consi- " dered rather as Statut personnel "than" statut réel."

On se demande si les incapacités des époux savoir :

1o. La prohibition de s'avantager entr'eux ;

2o. La prohibition de passer entr'eux le contrat de vente ;

3o. La prohibition pour la femme de s'obliger avec ou pour

son mari constituent pour les époux un statut personnel, ou un statut réel ? Si ces incapacités suivent les époux en quelque lieu qu'il se trouvent, ou encore si c'est la "lex fori" ou la "lex domicilii" qui doit s'appliquer ?

Boullenois disait que la prohibition ne regardant que les conjoints, semble n'avoir été faite que par rapport à leur état et pour les maintenir dans la paix et la tranquillité que demande leur qualité de conjoints, et prévenir les fraudes, l'obsession et la persécution.

S'il est un contrat qui s'attache directement à la personne, et constitue pour elle son statut personnel, c'est bien le mariage. Ceci ne souffre pas de difficulté. Or ces incapacités sont prononcées par la loi, précisément à raison de la qualité d'époux conférée par le mariage, si bien que le lien conjugal cessant toute incapacité disparaît.

L'incapacité des époux commence avec le mariage et finit avec lui.

C'est une conséquence naturelle du mariage qu'il existe entre les époux certaines incapacités que l'on peut considérer comme accessoires du mariage, et comme tels devant être égis par la loi du lieu du mariage,—comme le contrat principal lui-même : "Accessorium sequitur principale." On lit dans la "Revue Pratique, (1) que le mariage avec toutes ses conséquences est soumis au principe de la loi personnelle. C'est à cette loi à décider jusqu'à quel point la femme, en se mariant, devient incapable, et comment elle peut être habilitée ; quels contrats ou quels actes les époux peuvent faire l'un avec l'autre ou l'un au profit de l'autre."

Ce principe est généralement admis même par les partisans du système réaliste :

" Il serait contradictoire, écrit Rodenburg, qu'un individu " changeât d'état et de condition toutes les fois qu'un voyage " l'amène en pays étranger, que dans le même moment il fut

(1) Vol. I., p. 159.

" majeur ici, mineur là, que la femme fut en même temps sou-
" mise à la puissance maritale, et libre de cette puissance
" qu'un individu fut considéré dans un lieu comme
" interdit et dans un autre comme capable de tous les
" actes de la vie civile"—et nous pourrions ajouter qu'il serait aussi contradictoire que la femme puisse, en traversant la frontière recouvrer du même coup, la capacité générale de contracter et de s'obliger pour son mari ; capacité qu'elle avait perdue en contractant son mariage sous l'empire des lois de son pays.

" Le consentement général des nations a voulu, dit Pardessus
" que ce qui concerne la capacité d'un individu se réglât par les
" lois du pays auquel il appartient."

S'il en était autrement, il faudrait dire que les droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère ne sauraient avoir d'exécution ici. La femme mariée, par exemple, qui a, en vertu de la loi, une hypothèque sur les biens de son mari ne pourrait pas conserver sa garantie sur les immeubles de son mari situés dans un pays où l'hypothèque légale n'est pas reconnue ; ce serait injuste et contraire à l'esprit général des lois qui veut qu'on protège les droits acquis. D'ailleurs l'hypothèque légale étant une loi d'exception découlant du mariage doit suivre la loi de la personne en faveur de qui l'exception est portée, et par conséquent c'est le statut du mariage qui devra s'appliquer.

Le Cour de Cassation, par deux arrêts, du 2 mai et du 11 août 1825, D. p. 25, a consacré ce principe en disant que les mariages passés en pays étranger et sous l'empire d'une loi étrangère, produisent en France tous les effets qui leur sont attribués par une loi étrangère, lorsque d'ailleurs ces effets ne sont pas contraires à l'ordre public. D'où la Cour conclut que la femme étrangère à qui sa loi nationale accorde une hypothèque sur les biens de son mari, peut exercer son hypothèque, même sur les immeubles situés en France.

Fiore, dans son excellent traité de droit international, rap-

porte l'opinion des différents auteurs, et la jurisprudence suivie quant à ce qui concerne l'état et la capacité de l'étranger.

Tous, auteurs et magistrats se font personnalistes, c'est-à-dire que dans le cas de conflit, c'est le statut personnel qui prévaut. (1)

En serait-il autrement que le mari pourrait facilement éluder la loi, il n'aurait qu'à placer ses capitaux sur des immeubles situés en pays étranger, dont la loi ne reconnaît pas l'hypothèque légale de la femme mariée, et tout sera dit ; la femme n'aurait plus alors qu'une garantie nominale, et ses droits seraient frustrés.

L'art. 2 du Code Napoléon pose comme règle que les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les français même résidant à l'étranger. Chez nous, l'article 6, paragraphe 3ième, se lit comme suit :

" L'habitant du Bas-Canada tant qu'il y conserve son domicile est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, mais elles ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à la loi de son pays, quant à son état et sa capacité." La différence est facile à saisir. En France on applique la loi de la nationalité ; la loi française suit le français, partout où il se trouve pour ce qui regarde son état et sa capacité.

Ce mot " domicile " que l'on trouve dans cet article, peut prêter à équivoque et donner lieu à une foule d'objections, si l'on a pas la précaution d'en chercher le véritable sens, en rapport avec le sujet que nous traitons.

Il ne s'agit pas croyons-nous, dans cet article, du domicile réel que les époux acquierrent après le mariage, ni du domicile que les époux peuvent choisir pour la perpétration d'un acte postérieur au mariage ; mais tout simplement du domicile que les époux avaient au moment du mariage, c'est-à-dire, du domicile matrimonial. Les époux en contractant mariage se créent un

(1) Page 626 à 633.

"Status" un état que les lois d'un domicile postérieurement acquis ne sauraient changer. Mais on dira peut-être—et l'objection n'est pas sans présenter quelque difficulté au premier abord. —Cette interprétation n'est pas exacte puisque, vous forcez ainsi les tribunaux à appliquer la loi étrangère—ce qu'ils ne sont pas tenus de faire.

Il n'est pas exact de dire, que nous forcions nos tribunaux à appliquer la loi étrangère, au contraire nous leur demandons d'interprêter dans leur véritable sens, les dispositions de notre propre loi.

Il semble que le législateur a voulu, que lorsqu'il s'agit de statuer sur l'état et la capacité d'une personne, la loi qui a créé cet état, et établit cette capacité soit considérée comme étant notre propre loi ; en d'autres termes, notre loi, admettant la législation étrangère sur l'état et la capacité des personnes, veut que nos tribunaux applique ces lois, non pas en tant que lois étrangères, mais comme faisant partie de notre propre législation—car il est de principe que l'état et la capacité d'une personne une fois acquis, ne peuvent plus changer, et ce principe ne trouverait pas son application, si nos lois ne donnaient pas suite aux droits acquis en vertu de la loi étrangère qui crée cet état et cette capacité. Ce que nous venons de dire sur l'état et la capacité des personnes en général, s'applique aussi à l'état et à la capacité résultant des lois en force au domicile matrimonial des époux, car ce "status" découlant des conventions nuptiales que les époux consentent sous l'empire des lois existantes au moment du contrat, participe de la nature de ces conventions ; or, les conventions matrimoniales, une fois déterminées par la loi du domicile du mari au moment du mariage, étant immuables, l'état et la capacité qui en découlent, ne sauraient changer par le transport du domicile des époux en pays étrangers.

Ainsi deux personnes mariées en Angleterre, sans contrat de mariage, transportent leur domicile dans la Province de Québec ; le fait d'avoir établi leur domicile ici, ne donne pas lieu, à la

communauté de biens, telle que voulue par nos lois. Ils resteront soumis à la loi anglaise, loi du contrat, qui a voulu que les époux fussent séparés ds biens. (1)

(Voir aussi dans le même sens la cause de Stephens et Fisk), (2) ou la Cour Suprême a jugé que le divorce obtenu dans l'Etat de New-York, par des époux mariés sous l'empire des lois de cet état, et ayant établi depuis leur domicile en Canada, devait être reconnu ici, parce que c'est la loi du domicile matrimonial qu'il faut appliquer et non celle du domicile actuel.

La Cour d'Appel avait appliqué le même principe en décidant dans la cause de Laviolette *vs* Martin(3)que des époux domicilées et mariés dans le Bas-Canada, lors même qu'ils vont s'établir à l'étranger, sont régis dans leurs relations par la loi du Bas-Canada.

Il est universellement reconnu aujourd'hui que les conventions matrimoniales établissent en faveur des époux un statut personnel, qui ne saurait être interprêté que par la loi du lieu où il a pris naissance, c'est-à-dire par la loi du domicile matrimonlai des époux. (4)

L'opinion que la capacité de la femme est régie par le statut du domicile matrimonial, sans égard aux changements subséquents de domicile faits par le mari, paraît avoir rallié l'assentiment de tous les bons auteurs. (5)

Nous avons vu que les incapacités prononcées contre les époux, par les articles 1265, 1301, 1483 du Code Civil ne s'attaquent à la personne, qu'à raison de la qualité d'époux que le mariage lui imprime, et comme telles, ne doivent être considérées que comme accessoires du mariage, partant, c'est la loi personnelle des époux ou encore la loi du domicile matrimonial qui devra s'appliquer :

(1) Rogers et Rogers, 3, L. C. J. ; Dalton et King, 5, R. L.
(2) Rapportée Cassel's, Digest, S. C. R., p. 134.
(3) II., L. C. R., p. 254.
(4) Bouron *vs* Davis, R. J. Q., Vol. 6, p. 547.
(5) Loranger, Com. Code Civil, Vol. 1, p. 179.

"If there is no contract in writing, it results from the law, "and is governed by the matrimonial domicile. Here the "mariage took place in London, and it could not be assumed "that because the parties had come to Canada afterwards, they "had married with a view to coming to Canada." (1)

Duplessis [2], Guyot [3], Merlin [4], Ferrière [5], enseignent aussi la même doctrine et reconnaissent aussi la loi du domicile matrimonial, comme étant celle qui doit régir les époux quant à leur état et leur capacité, et aussi les effets résultant du contrat de mariage.

Voir aussi dans le même sens un jugement de la Cour Supérieure *re* Barnes et Browne, où l'on a appliqué la loi du domicile matrimonial. (6)

Donc la prohibition de donner, prononcée contre les époux, aussi bien que la défense pour la femme de s'obliger pour son mari, tient du statut personnel, et est régie par la loi du domicile matrimonial; car "l'honneur et la paix des mariages dit Bouhier, la crainte d'en voir troubler le bon accord par des vues intéressées, et le danger d'exposer les bons coeurs à se dépouiller entièrement par des excès d'une tendresse inconsidérée, le veulent ainsi."

La raison que donnait Guy-Coquille pour justifier la prohibition des donations entre mari et femme, c'est afin que "l'amitié ne semble vénale entr'eux, et afin qu'ils soient adonnés à s'entr'aimer par vertu et honneur et non par biens ;" et quand il parle de cette prohibition au point de vue du statut personnel, il ajoute :

"Pour ce que telles lois regardent directement le bien et

(1) 9, R. L., p. 548.
(2) Rep. 4 Vol., voir Communauté, p. 85.
(3) Rép. Communauté de biens, vol. 5, p. 108.
(4) 3, vol., p. 12, 1704.
(5) Edition 1754 p. 353.
(6) Barnes & Browne, R. J. O., Vol. VII, p. 287.

l'honneur des personnes, je voudrais dire que les mariés qui ont leur domicile sous la coutume qui prohibe les donations testamentaires, ne peuvent disposer des biens sis sous la coutume qui les permet, en tant que la Coutume du domicile lie et enserre la volonté, et le pouvoir de celui qui y est domicilié, et est faite pour son bien, profit et honneur."

Si la volonté dit-il est liée, toutes les dispositions prenant fondement sur cette volonté ne peuvent avoir aucun effet, en quelque part que ce soient les biens, car la nature des choses n'y fait rien. Ainsi la seule volonté y domine et commande.

Ces incapacités sont basées sur le lien qui unit les époux, et l'union conjugale n'est que l'expression permanente de la volonté des époux.

Ajoutons avec Laurent, qu'une disposition qui a pour objet de garantir la libre expression de la volonté du donateur, est bien personnelle ; il serait absurde de la déclarer réelle, car se serait dire, que la volonté du donatur est libre ou non, suivant que les biens donnés seraient situés dans un tel pays ou dans un autre.

La raison donnée par les auteurs réalistes, au soutien de leur théorie, que toute coutume est réelle, et que partant ces prohibitions entre époux doivent tenir de la nature du contrat principal, et constituer un statut réel, c'est que, disaient-ils, la prohibition a pour effet de conserver les biens dans la famille.

Nous avons déjà répondu plus haut à cette objection, en disant, que sous l'empire de nos lois, ce motif n'existe plus, puisque notre code, en abolissant toutes les anciennes dispositions relatives au testaments, a introduit chez nous la liberté illimitée de tester.

Il ne nous reste plus qu'à nous ranger du côté des Personnalistes, et dire avec Demangeat : Que tout ici doit dépendre de la manière dont le mariage est organisé. Or c'est la loi personnelles qui organise le mariage.

Nous croyons avoir suffisamment prouvé que les incapacités

relatives des époux doivent être régies par la loi personnelle des époux.

Examinons maintenant si ces incapacités suivent les époux en quelque lieu qu'ils se trouvent, ou encore si le changement de domicile peut altérer les effets du mariage ?

DU CHANGEMENT DE DOMICILE, SES EFFETS RELATIVEMENT A L'ÉTAT ET A LA CAPACITÉ DES ÉPOUX.

Il ne faut pas oublier que le mariage est un contrat exceptionnel, et soumis à des règles particulières. Parfait par le consentement des parties et l'accomplissement des conditions nécessaires à sa validité, il ne peut être modifié, ni annulé, que par l'opération de la loi et pour certaines raisons spéciales et déterminées, le consentement mutuel n'y peut rien. La grande latitude accordée aux futurs époux, d'insérer dans le contrat telle ou telle disposition qui serait nulle ailleurs, explique que la sévérité de la loi, quand le contrat a reçu son exécution·

En principe les conventions matrimoinales sont immuables. Or si ces incapacités ne s'attachent pas à la personne, il suffira de changer de domicile, et de passer dans un pays qui ne reconnaît pas ces incapacités, pour recouvrer la liberté perdue, en vertu du mariage contracté de bonne foi, et en connaissance de cause. Mais alors que devient la stabilité du traité nuptial.

De plus le mariage est un contrat de concessions mutuelles, et tel avantage consenti par l'un des futurs époux, ne l'aurait peut-être pas été, s'il eut prévu que l'espoir d'être payé de retour par l'acceptation d'une récompense ou d'une faveur quelconque, pourrait lui être enlevé, par le transport de domicile dans un pays qui ne reconnaîtrait pas les avantages entre époux, postérieurs au mariage.

Mais à quoi bon le contrat de mariage ?

La sévérité de la loi ne serait qu'un luerre, si, de consentement mutuel, les époux peuvent en altérer les dispositions, en passant la frontière.

Les époux en contractant mariage sont censés contracter en vertu des lois qui régissent le pays où le mariage est célébré. Il n'est pas à présumer que le mari puisse connaître d'autre loi que celle de son pays, et la femme n'ayant pas d'autre domicile que celui du mari, doit se soumettre à la loi du domicile de son futur mari.

Il n'est pas à présumer qu'ils aient voulu se soustraire à la loi du pays ; c'est conformément à cette loi, que les époux ont entendu fonder leur régime matrimonial, c'est en prévision des avantages ou des privilèges que leur accorde cette loi, que tel ou tel régime de biens a été choisi, et que l'union indissoluble du mariage a été contractée. Il serait contradictoire et injuste pour les époux, de pouvoir changer à volonté les effets d'une convention que la loi déclare indissoluble et immuable.

Si le contrat ne change pas, il s'en suit qu'il produira toujours les mêmes effets vis-à-vis de ceux en faveur de qui il a été passé, en quelque lieu qu'ils aient transporté leur domicile.

Car le régime de l'Association, (1) une fois fixé par la loi sous l'empire de laquelle les époux sont présumés s'être mariés, ne peut être modifié par celle du lieu ou ils transportent plus tard leur domicile matrimonial" à notre avis ajoute le savant professeur Arntz, le régime originaire doit rester invariable, alors même que les époux établiraient leur domicile, ou obtiendraient naturalisation dans un pays régi par une autre législation."

Cette doctrine n'a rien qui ne soit logique, et conforme au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, principe reconnu dans notre législation ; aussi nous pensons avec Arntz, que le régime légal ou conventionnel, sous lequel les époux se sont mariés, doit les régir pendant toute la durée du mariage, quand même les époux établiraient leur domicile ou se feraient naturaliser dans un pays régi par des lois différentes de ce régime.

(1) Page 323, Revue de Drt. International, 1880.

Sous l'ancien droit ce principe était généralement admis par tous les auteurs.

" C'est un point disait Bouhier sur lequel tout le monde est " d'accord."

Bien que depuis le mariage, les mariés soient allés habiter en un autre lieu où il y a un statut différent de celui qui était au lieu du contrat, on doit suivre le statut du lieu du contrat, et non celui du lieu du décès (1)

La Cour Supérieure, dans une cause de Eddy *vs* Eddy a jugé conformément à ce principe, que la loi du contrat du mariage est celle qui régit l'état et la capacité des époux, et que, par conséquent, la donation entre mari et femme bien que prohibée par nos lois, sera valable comme faite en vertu de la loi du contrat de mariage, laquelle loi ne défend pas les avantages entre époux.

Capable aux Etats-Unis, la femme conserve ici vis-à-vis de son mari, la même capacité qu'elle avait au moment du contrat.

Le savant juge base son jugement sur l'opinion de divers auteurs entr'autres sur celle de Fœlix qui s'exprime comme suit :

" L'association conjugale quant aux biens une fois constituée par l'effet de la loi du domicile du mari, au moment du mariage, ne se modifie par suite d'un changement de la même loi. C'est ce que la plupart des auteurs ont décidé pour le cas de changement de domicile des époux durant le mariage. Les auteurs ont pensé d'une part, que l'intérêt de l'union entre les deux époux, exige de la fixité dans leurs rapports pécuniaires, et qu'on ne doit pas autoriser une doctrine qui permette au mari, maître de changer la nationalité de la femme avec la sienne, de modifier en même temps à son profit l'association conjugal quant aux biens. (2)

Ce que nous venons de dire de la prohibition de donner, s'applique également à la prohibition de vendre—car la nature de

(1) D'Espeisses, vol. 1, p. 336.

(2) Droit intern. privé, No 91, p. 130.

l'incapacité est la même, elle s'adresse directement à la personne comme tout ce qui découle du contrat du mariage, qui forme le statut personnel par excellence.

La Cour d'Appel, dans une cause de Laviolette et Martin maintient le principe que l'incapacité de la femme mariée, suit la personne, et doit être régi par le statut personnel de la femme.

Jugé : Que la vente par la femme mariée conjointement avec son mari, mais sans mention d'autorisation de ce dernier, faite dans l'état de New-York, où cette autorisation n'est pas requise, d'immeubles situés dans le Bas-Canada, est absolument nulle, tant sous le rapport du statut personnel, qui régit la personne, que sous le rapport du statut réel, quant à l'aliénation des immeubles.

Si l'incapacité résultant du défaut d'autorisation du mari, s'attache à la personne, et s'étend au-delà au territoire, à plus forte raison la loi qui organise la société conjugale, qui, en règle les effets, en attribuant à chacun des époux, la part de droit qu'il peut exercer, devra-t-elle régir cette société et ses effets, indépendamment des lois du pays, où les époux auraient pu transporter leur domicile, sauf cependant, les lois de police ou les lois protégeant la morale et les bonnes mœurs V. G. La polygamie sera interdit à l'étranger qui la pratiquerait en vertu des lois de son pays.

C'est encore la loi personnelle qui s'appliquera dans l'interprétation de la défense faite à la femme de s'obliger pour son mari.

La majorité des auteurs admettent que le Sénatus Consulte Velléien tient plutôt du statut personnel que du statut réel.

Originairement, sa raison d'être était la faiblesse du sexe : " Propter imbecillitatem sexus." Nos lois en le reproduisant n'avaient en vue que la protection de la femme contre sa propre générosité à l'égard d'un mari peu scrupuleux.

Si la femme mariée en changeant de domicile, pouvait recouvrer la capacité de s'obliger pour son mari, la loi serait vite élu-

dée ; elle n'aurait qu'à passer dans un pays qui ne défend pas cette obligation de la femme en faveur du mari, et là, elle pourrait s'obliger aux dettes de son mari, au-delà de sa part de communauté, même, pour tous ses biens. Ce serait anéantir les lois de son propre pays, et toutes les dispositions de son contrat de mariage deviendraient lettre morte.

Parmi ceux de nos jurisconsultes qui ont écrit sous l'empire de notre code, plusieurs furent tentés d'appliquer avec trop de sévérité, la règle qui veut que les immeubles soient régis par la loi du Bas-Canada.

Il est vrai que la loi du Bas-Canada régit les immeubles, en ce qui concerne la manière de les acquérir ou d'en disposer, ou encore, quant aux formalités de l'enregistrment. Mais quand il s'agit de décider de la capacité d'acquérir une propriété, ou de la transférer, c'est la loi du lieu du contrat, qui règle la capacité et qu'il faut appliquer, et non pas la loi du lieu où sont situés les immeubles.

Ainsi, en manière d'incapacité résultant de la qualité même d'une personne, ou encore de la nature du climat sous lequel habite la personne frappée d'incapacité, c'est la " lex domicilii " et non la " lex fori " qui devra s'appliquer ; ce qui faisait dire à un célèbre légiste italien, Esperson que "le soleil qui échauffe les pays du midi, murit aussi l'intelligence, tandis que le froid climat du nord ralentit la connaissance comme le développement intellectuel, et l'on voudrait que l'Italien devienne Lapon et le Lapon un Italien, quand leurs affaires les conduisent en lointains pays. " C'est une absurdité."

Le vieil axiôme : " Que toute coutume est réelle" a vécu pour nous; les temps sont changés, et la tendance générale de la législation moderne se tourne vers la personnalité. Laissons à nos voisins, et à nos frères d'outre-mer, leur "Common law." Ne cherchons pas à en appliquer ici les dispositions arbitraires ; Nous n'aurions rien à y gagner ; pourquoi nous éclairer à la lumière

d'un flambeau qui s'éteint quand les milliers de phares aux couleurs variées, nous inondent de leurs feux. Respectons nos lois ; soyons-y fidèles, et dans leur interprétation, remontons toujours à la source, au droit français conservé parmi nous au prix de tant de sacrifices.

CONCLUSION.

LÉGISLATION COMPARÉE.

On lit dans Anthoine de St-Joseph, que la règle qui interdisait aux femmes de cautionner passa dans l'ancien droit français, et fut abolie bientôt après. Elle a continué cependant à être appliquée dans les Cantons d'Argovie et de Lucerne, où les femmes ne peuvent jamais cautionner, de même en Bavière et dans l'Amérique du Sud, sauf dans certains cas :

En Sardaigne et à Madère, les femmes sauf les commerçantes, pour les actes de commerce ne cautionnent qu'avec l'autorisation du tribunal. Dans le canton de Bale la femme mariée peut cautionner avec l'autorisation de son mari. En Suède, avec celle de son mari ; en Danemark, la femme mariée ne peut pas cautionner.

En Norvège, la veuve seule le peut. Dans le canton de Vaud, il faut à la femme, pour cautionner, le consentement de son conseil et de deux de ses plus proches parents (Vol. 1, introduction.) Arrêtons-nous un instant, et faisons une revue plus attentive de la législation moderne, afin de mieux constater la tendance générale qui existe à faire disparaître, les anciennes prohibitions romaines.

Nous avons vu dans l'historique que nous avons fait de la question comment on considérait à Rome la femme mariée et quels étaient ses droits et sa capacité.

Nous avons assisté ensuite à l'introduction du droit romain en France ; témoins de toutes les transformations qu'il a subies, nous pouvons dire avec certitude, que le droit français n'est que l'application modifiée des principes anciens.

EN FRANCE.

Il n'y a plus à proprement parler d'incapacité absolue entre époux ; l'égalité des deux sexes pronée par le Code Napoléon, a fait disparaître toute trace des anciennes incapacités prononcées contre la femme à cause de sa faiblesse et de l'inexpérience de son sexe. Aujourd'hui en France, munie de l'autorisation de son mari, la femme peut faire tous les contrats civils qu'elle juge à propos de faire.

Quant aux incapacités qui résultent de la qualité d'époux, la loi française est loin d'être sévère. Ainsi le code décrète :

1o. Que les donations entre mari et femme seront toujours révocables, 1096 C. N. ;

2o. Que la vente entre époux sera valable, si elle est faite pour telles causes et sous telles conditions déterminées 1595, C. N. ;

3o. Que la femme qui s'oblige pour son mari, encourt la responsabilité d'une caution, 1431 C. N.

EN ANGLETERRE.

Il n'est peut-être pas de pays, qui ait subi plus de transformation dans son système de législation, que la Grande-Bretagne. Sa législation fut, dit Gide, tour à tour romaine avec César, germaine après l'invasion saxonne, et scandinave après l'invasion danoise. Mais une dernière invasion à la fois plus destructive et plus féconde, celle des Normands de France, vint implanter sur le sol britannique, les institutions féodales du continent, et ces institutions prirent si bien racine dans ce terrain nouveau, qu'il n'est pas de pays en Europe où elle aient déployé autant de développement et une aussi puissante vitalité.

Nous avons déjà dit un mot de l'attachement de l'Angleterre au droit féodal en traitant de la "Common law" au point de vue du droit international privé.

Autrefois en Angleterre, le mari était seul reconnu, la

femme était complètement ignorée, elle n'avait aucun droit ; elle était " Under the coverture and guardianship of the husband." Grâce à l'influence du clergé, qui de ce temps-là comme encore de nos jours, ne cessait d'étendre sa paternelle sollicitude sur les opprimés, et de revendiquer leurs droits méconnus, la rigueur de cette absolutisme se modifia. Peu à peu on reconnut à la femme une volonté libre, et une personnalité distincte de celle de son mari. Un statut d'Henri VIII permit au mari d'affermer les biens dotaux avec le consentement de sa femme.

Guillaume IV confère au mari le droit de vendre, d'échanger les biens dotanx, sous la même condition. C'était reconnaître à la femme le droit de posséder, droit qu'elle ignorait autrefois (1)

Cependant ce n'est pas le véritable droit de propriété que l'on reconnaît à la femme mariée. Par une habile invention de la loi ; il est permis de nommer un "trustee" ou fideicommissaire que l'on charge d'administrer les biens et de remettre ensuite les revenus à la femme.

Il serait trop long d'entrer dans les détails ; Grâce aux progrès du siècle et de la civilisation ; la femme en Angleterre peut aujourd'hui traiter avec son mari sur un même pied d'égalité, elle peut lui aider, s'obliger pour lui, se porter cantion pour lui, enfin, la qualité d'époux n'entraîne avec elle aucune incapacité.

EN SUÈDE.

On défend la vente entre époux, car dit-on, souvent un mari dans de bonnes ou de mauvaises intentions, sait amener sa femme à lui céder tout ce qu'il veut ; et que d'un autre côté, les femmes sont parfois assez fines, pour obtenir de leurs maris tout ce qu'elles leur demandent. Chose curieuse il n'est pas défendu

(1) Gide, 289.

à la femme suédoise de s'obliger pour son mari. Au contraire, cette obligation solidaire de la femme avec son mari est expressément permise par la loi suédoise. ([1])

EN ALLEMAGNE.

Jusqu'au XVIII siècle, l'on ne retrouve dans l'histoire du droit, aucune trace des incapacités résultant du mariage. Ce n'est qu'avec l'introduction des lois romaines, que se répandit la prohibition portée contre la femme par le Senatus Velléien. Cette loi n'a jamais été reçue avec faveur. Aussi, on trouva moyen d'en éviter les dispositions en faisant déclarer exemptes de la prohibition, les princesses, les commerçantes, les juives, celles qui s'engageaient sous la foi du serment. Aujourd'hui, en pratique, cette ancienne loi ne jouit pas d'une grande autorité, elle s'éteint dans l'oubli.

Le Code Prussien à ce sujet, déclare, que la femme qui veut s'engager pour autrui, doit s'assurer de l'assistance d'un jurisconsulte qui doit l'avertir des conséquences de l'acte qu'elle commet.

Dans le pays de Bade "Tout cautionnement souscrit par une femme dûment assistée, soit dans l'intérêt d'un étranger, soit dans celui de son mari, aura la même efficacité que s'il eut été souscrit par un homme."

Le Code Bavarois ([2]) dit que les époux peuvent vendre, échanger, louer et faire entre eux telles conventions qu'ils jugeront nécessaires.

L'Art. 31 du même code, au sujet des donations entre époux, s'exprime comme suit :

"Les donations entre époux sont nulles en cas de survenance d'enfants, même d'enfants d'un autre lit, ou en cas de révocation ; les donations excédant mille florins ne sont valables

(1) St-Joseph, du mariage, XI, 3.
(2) Art. 30, Tit du mariage.

" qu'en autant qu'il y a délivrance réelle, et que l'acte a été " passé en justice."

Et l'article 33 ajoute :

" La femme ne peut s'obliger pour son mari, que lorsque l'ar- " gent est emprunté pour son avantage, mais elle peut renon- " noncer en justice à cette exception, et au privilège, en cas de " concours avec des créanciers."

Le Code du Canton de Vaud, art: 567 déclare à son tour :

"Que les époux ne peuvent durant le mariage faire aucune " donation entre vifs en faveur l'un de l'autre, lors même " qu'elle serait mutuelle et réciproque." Et poussant plus loin la prohibition, il énonce par l'art. 1125 que " le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux."

EN HOLLANDE.

Il n'y a aucune prohibition entre époux ; au contraire l'art. 227 du Code permet les donations entre mari et femme, et ne les rend révocables que pour non accomplissement des conditions sous lesquelles elles ont été faites."

EN ITALIE.

Pendant de longs siècles, la science du droit en Italie ne fut pas bien définie. Ce n'était qu'un mélange de dispositions tirées tantôt du droit lombard, tantôt empruntées au droit canonique, toutes interprétées par le droit romain.

Aussi pendant longtemps les prohibitions prononcées contre les époux et contenues dans les Pandectes ont eu force de loi en Italie. Mais depuis le 1er janvier 1866, grâce à la publication du Code Victor Emmanuel, qui, à l'instar du code Napoléon, proclame l'égalité des deux sexes ; Toute incapacité a disparu ; la femme qui veut s'obliger pour son mari doit, en vertu du code, en obtenir l'autorisation du tribunal.

La majeure partie des Codes Européens se ressemblent, tous

ont suivi de près le Code Napoléon, dont ils reproduisent bien souvent, textuellement, les dispositions, et l'on sait qu'en France la tendance se tourne de plus en plus vers l'abolition complète de toute incapacité. A chacun le sien ; pleine et entière liberté pour tous.

AUX ÉTATS UNIS.

Chaque Etat est régi par de lois spéciales et particulières ; mais partout c'est le même esprit de liberté et d'indépendance. Ainsi la femme peut s'obliger pour son mari, lui céder ses biens, lui vendre ses propriétés sans qu'aucune disposition de la loi ne vienne en prononcer la nullité, sauf dans l'état de la Louisiane, où le Code, reproduisant l'art. 1595 du Code Napoléon, déclare que la vente entre époux est nulle, sauf dans certaines conditions énumérées à l'art. 2421 C. L. Mais partout ailleurs, la femme mariée est réputée capable pour tous les contrats civils, même pour ceux qu'elle passerait en faveur de son mari. Sa qualité de femme mariée, ne lui enlève rien de la responsabilité qu'elle encourt en contractant.

Les mêmes dispositions se retrouvent dans la Province d'Ontario, et je ne sache pas, que dans aucune autre Province de la Confédération, l'on ait adopté les lois d'incapacité en force dans la Province de Québec.

PROVINCE DE QUÉBEC.

Chez nous, comme nous l'avons vu dans l'exposé historique que nous avons fait de la question, la législation a varié quelque peu, mais ce qu'il y a de certain, c'est que jusqu'en 1841, il n'y avait aucune prohibition entre époux.

A quelle cause devons nous attribuer l'introduction de l'ancienne disposition Velléïenne dans l'ordonnance de 1841 ? Je l'ignore. Le préambule de l'acte ne mentionne aucune raison. Si l'on pousse plus loin nos recherches, nous arrivons en 1867.

Même silence de la part des codificateurs ! Pourquoi n'ont-ils pas suivi la tendance générale qui était de rejeter la vieille disposition romaine, et de statuer, par une loi nouvelle plus conforme à nos mœurs, la condition et les rapports des époux.

Je l'ignore. Ce que je sais c'est que notre Code Civil renferme des dispositions prohibitives que l'on ne trouve pas ailleurs. C'est la loi, inclinons-nous avec respect tout en cherchant si le temps n'est pas venu de faire disparaître de nos lois certaines dispositions qui sont d'un autre âge.

Ce n'est pas à dire qu'il faille briser tout d'un coup avec les traditions du passé, et faire disparaître toute trace des usages de l'ancien droit. Non, certes, tenant compte de l'état de notre société moderne, du développement du commerce et de l'industrie il serait désirable d'amender certaines dispositions de nos lois qui ne trouvent plus aujourd'hui leur raison d'être.

Il est incontestable que la prohibition faite aux époux de s'avantager pendant le mariage, aussi bien que celle qui interdit entre eux le contrat de vente, a rendu d'immenses services. Que de familles plongées dans la misère, n'eut été la sage disposition de la loi qui protège la femme contre son bon cœur et la tendresse qu'elle porte à un mari par trop souvent dissipateur.

Que de ménage désunis, que de foyers où la paix et la tranquillité seraient à jamais bannies, si l'obsession et les menaces devaient avoir raison de la faiblesse d'une épouse inexpérimentée dans la gestion de ses biens.

Aussi ce n'est pas tant contre cette partie de la prohibition, que les récriminations s'élèvent de toutes parts ; quoique bien absolue, elle n'a d'effet qu'entre les époux qui, en contractant mariage, doivent savoir à quoi s'en tenir ; il n'y a rien dans ce rigorisme, qui puisse affecter les droits acquis des tiers.

Peut-on en dire autant de la défense formelle faite à la femme de s'obliger avec ou par son mari ? Certainement, non, puisque la loi en prononçant la nullité absolue d'une telle obligation, en étend les effets à l'égard de tous les intéressés, même

des tiers de bonne foi. C'est ce qui a soulevé l'indignation parmi les auteurs, indignation justement partagée de nos jours par une foule de jurisconsultes qui repoussent ce " système peu logique et peu moral à la vérité, qui pour protéger la femme contre la fraude éventuelle du créancier, autorise la débitrice à toujours tromper son créancier."

Ici nous ferons une distinction :

Que l'on défende à la femme de s'obliger pour son mari ; que l'on prononce la nullité d'un tel engagement vis-à-vis de son mari, la chose en elle-même n'a rien d'injuste, la protection due à la femme, l'intérêt, la morale et les convenances peuvent justifier cette prohibition. Mais là où repose la difficulté, c'est lorsque la loi prononce la nullité de l'obligation de la femme, même à l'égard du tiers de bonne foi. Il n'y a pas à en sortir ; cette conséquence rigoureuse découle du principe posé par l'art. 1301 ; c'est la loi : Dura lex sed lex."

On apporte au soutien de cette conséquence rigoureuse de la loi le fait que la femme a besoin d'être protégée contre tous, en tous lieux et toujours. Il est si facile de l'induire en erreur, et ses droits pourraient être compromis. Ne pourrions-nous pas sans malice nous demander avec Thomasius : "Quel était " celui des deux sexes que le législateur romain aurait mieux " fait de protéger, et si les femmes ne trompent pas les hommes " bien plus souvent qu'elles ne se laissent tromper par eux."

On avait bien compris à Rome toute l'injustice qui pouvait résulter d'une telle conséquence ; aussi sous l'empire des lois romaines, on exemptait les tiers de bonne foi : " l'exception " du Sénatus Consulte n'a pas lieu dit Papinien contre celui " qui a prêté de bonne foi à une femme, nonobstant l'emploi " qu'elle en a fait dans les affaires de son mari."

On prête, poursuit Paul, appui et assistance aux femmes lorsqu'elles ont été trompées, et non pour leur donner les moyens de tromper."

Commentant ces enseignements du droit romain. Gide ajoutait qu'il est un principe élémentaire dans toute société civile, c'est celui qui commande à tout débiteur d'être fidèle à sa parole, et de payer sa dette.

C'est ainsi que l'entendait, feu l'honorable juge en chef Johnston, quand il disait en rendant le jugement dans Philialcoski *vs* Gareau (34 L. C. J., 200) " of course if the plaintiff had been ignorant of this i.-e. of its having been given for her husband debts, the case would be different, for the law does not say that the wife may not bind herself for her husband's debts, and the lender cannot be bound to enquire the use, destination of the money he lends ; she can borrow as much as she likes, and do what she likes with the money and pay his husband's debts if she pleases without the lender being a party to its destination or use.

I am of opinion disait l'honorable juge Monk, (1) that both husband and wife séparée de biens, are jointly and severally liable for a joint note made in the course of a business in which they were both jointly interested.

Where husband and wife, ajoutait l'honorable juge Doherty, (2) make their promissory note binding themselves jointly and severally to pay the amount thereof, the wife though separated as to property from her husband, is liable on the note where it is alleged, and proved, that it was maid for her personnal debt, the mere fact that her husband became jointly and severally liable with her, not having the effect of making the note void against her.

Enfin la Cour d'appel par deux arrêts a consacré le principe que " Une femme mariée séparée de biens qui emprunte de l'argent d'un tiers de bonne foi, et qui consent une obligoation à ce tiers est légalement obligée, quand même cet argent serait

(1) Girard et Lachapelle, 7 Jurist, p. 289.
(2) Poitras et Brown, R. J. O. XII, p. 497.

employé a payer les dettes du mari, [1] et que de plus, pour se faire relever de son obligation, elle doit prouver que le créancier savait au moment du contrat qu'elle ne s'obligeait que comme caution de son mari. [2]

On dira peut-être : La Cour d'Appel, telle que constituée aujourd'hui, a rejeté cette interprétation donné à l'article 1301, et décida que l'acte fait en contravention à cette disposition de la loi, n'était pas seulement annulable mais radicalement nul et de nul effet.

Il est vrai que telle a été la décision dans Ricard *vs* La Banque Nationale, mais je dois dire que cette doctrine n'est pas acceptée par tous avec une égale faveur.

Ecoutons pour nous en convaincre les remarques que faisait l'honorable juge Routhier en rendant le jugement unanime de la Cour de Révision *re* Boucher *vs* Globensky. [3] Ce jugement a été rendu deux ans après celui de la Cour d'Appel dans la cause de Ricard et La Banque Nationale.

Je cite textuellement, (cet exposé de principes est très important au point de vue de la thèse que nous soutenons ; il confirme les enseignements de ceux qui prétendent, que la rigueur de l'art. 1301 ne s'applique pas aux tiers de bonne foi.)

Et d'abord quel est le but de cette loi ? (art. 1301(. Le juge de première instance dit que le "but de la loi est d'assurer la paix et la concorde dans le ménage" mais il est évident que ceci n'est pas exact. Le but de la loi est de protéger la femme contre l'influence de son mari et d'empêcher le mari de s'enrichir aux dépens de sa femme.

Voilà le mal que le législateur a voulu empêcher, et le droit romain, et l'ancien droit français contenaient des dispositions à cet effet. Dans notre droit, nous avons eu l'ord. 4 Vict. ch. 30

(1) Martel *vs* Price, 8, R. L., 138.
(2) Maithot et Brunelle, 15, jurist., p. 197
(3) R. J. O., vol. XIII, p. 142.

sect. 37 et nous avons maintenant l'art. 1301 C. C. pour rémédier à ce mal.

Les termes de notre article sont différents du texte de l'ordonnance, et ils sont à mon avis moins précis et moins clairs, mais, on les a toujours interprêtés, comme ayant le même sens que le texte de l'ordonnance.

Voici maintenant quels sont à mon avis, d'après la jurisprudence établie, les contrats de la femme séparée de biens qui sont frappés de nullité par l'art. 1301.

1o. La femme signe un billet en faveur de son mari, ou d'un intermédiaire complaisant, qui passe le billet au mari qui en retire le montant ; c'est un contrat nul et qui n'oblige nullement la femme.

2o Le mari achète des biens ou emprunte de l'argent, ou contracte une dette quelconque, et sa femme se rend caution pour lui. Ce cautionnemnt est nul.

3o. Le mari et la femme contractent ensemble un emprunt et s'obligent tous deux conjointement et solidement comme débiteurs principaux, ou le mari comme débiteur principal et la femme comme caution, au remboursement de la somme empruntée ; l'obligation de la femme est nulle. Pourquoi ?

1o. Parce qu'il est à présumer que le mari seul a touché la somme empruntée.

2o. Parce qu'en supposant que la femme aurait reçu la moitié de la somme, elle n'a pas le droit de cautionner le remboursement de l'autre demie reçue par le mari.

Mais supposons que dans ce cas, ou autre du même genre, le prêteur soit en état de prouver que c'est la femme qui a touché toute la somme, et qui l'a employée à libérer sa propriété immobilière de l'hypothèque de son vendeur ou autre, l'obligation de la femme sera-t-elle nulle dans ce cas ? Certainement non ce serait une fraude criante. Car remarquons bien que la femme séparée, a la capacité de contracter pour ses affaires, avec l'assistance de son mari. Ce que la loi défend,

c'est de contracter *pour son mari, au profit de son mari* de quelque manière que ce soit.

Faisons maintenant un pas de plus et voyons dans quels cas elle peut s'obliger valablement avec son mari.

1o. Supposons qu'elle possède un immeuble par indivis avec son mari, et que tous deux s'entendent pour le vendre avec garantie. L'acheteur lui paye sa moitié du prix ; puis il est évincé. N'aura-t-il pas son action conjointe et solidaire contre le mari et la femme ? Certainement.

2o. Une femme séparée achète un immeuble, et son mari se porte sa caution solidaire pour le payement du prix. Voilà une obligation par laquelle le mari et la femme s'obligent conjointement et solidairement, et elle est certainement valide.

Que faut-il prouver pour annuler l'obligation conjointe solidaire du mari et de la femme ? Suffira-t-il de prouver qu'après avoir reçu l'argent emprunté, la femme l'a employé à payer des dettes qui paraissent être les siennes, mais qui étaient vraiement celles du mari ? La Cour de première instance à répondu " Oui " à cette question ; mais nous répondons " non ". Non, cette preuve ne sera pas suffisante pour la bonne raison que cette preuve établira la fraude du débiteur et non celle du créancier. Or, il serait contraire à tous les principes de justice de punir un créancier de bonne foi, pour la fraude du débiteur.

Il fraudra donc prouver que la loi a été transgressée par les deux parties contractantes, au moment même du contrat.

Il faudra prouver, non seulement que la femme et le mari ont comploté ensemble pour éluder la loi, se sont concertés et ont menti pour la violer, mais que le prêteur a été leur complice ; qu'il savait ou qu'il aurait dû savoir, que la femme empruntait pour son mari, et pour payer ses dettes.

C'est le moins qu'on puisse exiger de la femme malhonnête qui invoque sa propre sa propre turpititude pour se libérer.

Juger autrement, c'est encourager l'obtention d'argent sous

de faux prétextes, et l'extorsion d'argent sous une forme légale c'est-à-dire, sous la forme la plus dangereuse.

Il est bon de protéger la femme, pour empêcher son mari de s'enrichir à ses dépens, mais il ne faut pas étendre cette protection, jusqu'à lui permettre d'enrichir son mari aux dépens des tiers, au moyens d'une série de fraudes organisées et commises par les deux époux.

" C'est affreux (dit le juge de première instance) de voir la demanderesse de bonne foi (il admet cela) perdre ainsi son argent...... mais c'est bien affreux aussi de dépouiller la défenderesse, et de risquer de brouiller son ménage avec son mari."

Comment ! Condamner une femme à rembourser l'argent qu'on lui a prêté, c'est la dépouiller, et c'est risquer de la brouiller avec son mari ?

J'avoue que je ne comprend pas. Mais je dis qu'en tous cas, il vaut mieux les forcer à respecter les lois de la probité, et de la justice, au risque de les brouiller, que de les laisser spéculer en paix sur la bonne foi d'une pauvre veuve, et lui extorquer son argent."

La Cour d'Appel ne partageant pas cette manière de voir à renversé ce jugement. (Le jugement en appel n'est pas encore rapporté.)

Comme nous l'avons vu, la Cour d'appel rejette cette doctrine en déclarant la nullité absolue, et enjoint aux tiers qui contractent avec une femme sans puissance de mari d'être sur leur garde. "Caveant."

Est-il bien certain que le législateur ait voulu par l'art. 1301, établir une nullité d'ordre public absolu ?

La multiplicité des arrêts, et surtout la non unanimité des opinions émises sur ce sujet, par nos tribunaux ne peuvent que laisser un doute sérieux, sur le sens précis de cette disposition.

Dans le cas de doute, disait Solon (vol. I p. 12) si une nullité est d'ordre public ou de droit privé, le silence du législateur doit être interprêté en ce sens que la nullité n'a été portée que dans un intérêt privé ; dans le doute on doit toujours se prononcer pour la validité de l'acte.

Dans le doute si une nullité doit produire son effet de plein droit, ou si au contraire elle dépend de l'examen du fait, on doit se décider dans ce dernier sens.

La raison en est que les nullités surtout celles qui opèrent leur effet de plein droit et indépendamment des circonstances du fait, constituent une peine rigoureuse ; or comme les peines ne doivent point être étendues, et qu'au contraire, il faut les restreindre autant que possible."

S'il est vrai de dire que c'est à ceux qui contractent avec une femme mariée de prendre garde au contrat qu'ils passent avec elle, il n'en est pas moins vrai qu'ils sont sans cesse exposés à être victime d'une fraude commise sciemment par l'une des parties à l'acte, et partant, c'est un état de chose qui arrête la marche des affaires, et met des obstacles à la liberté du commerce.

Supposons le cas d'une femme mariée, marchande publique, à qui la loi confère toute la capacité voulue pour contracter dans les limites de son commerce ; puisque la loi la met sur un même pied d'égalité avec les autres commerçants, pourquoi lui permettre de se soustraire à l'obligation qu'elle a souscrite, sous prétexte que son mari étant intervenu à l'acte conjointement avec elle, elle est dispensée de remplir ses obligations vis-à-vis des tiers, puisque la loi présume dans ce cas, qu'elle s'est obligée en faveur de son mari.

Ne serait-il pas plus conforme aux exigences du commerce, et à l'état général de notre société de déclarer, que la femme mariée, marchande publique, ne sera pas reçue à invoquer en sa faveur la prohibition de l'art. 1301, quand elle aura contracté avec des tiers dans le cours ordinaire des affaires, sauf le

cas où il serait évident, que les tiers n'étaient appelés à aucun bénéfice, et que le mari seul, en a profité, et que, dans tous les cas, soit que l'obligation ait été souscrite par une femme mariée, séparée de biens, ou marchande publique, la prohibition ne s'appliquera pas aux tiers de bonne foi

Jusqu'à ce que le Parlement se soit prononcé sur la question, nous devons nous incliner devant les dispositions de nos lois, quelqu'absolues qu'elles soient, et nos tribunaux n'ont qu'à les appliquer dans toute leur rigueur : "Non exemplis sed "legibus judicandum est."

Au moment où nous mettons cet ouvrage sous presse nous apprenons que la Législature Provinciale est saisie d'un projet de loi tendant à amender l'article 1301 du Code Civil, en y ajoutant les mots *sauf la bonne foi du créancier*. Cet amendement basé sur un certain nombre de jugements, tant de la Cour Supérieure que de la Cour d'Appel,—Arrêts que nous avons cités au cours de notre dissertation,—aurait pour but de ne faire de la nullité prononcée par l'article 1301, qu'une nullité relative. Quel sort aura cette loi. Nous l'ignorons, *adhuc sub Judice lis est*. Voici le projet de loi, tel qu'amendé par le comité de législation et soumis à l'approbation de la Chambre:

Loi amandant l'article 1301 du Code Civil.

Sa Majesté par et de l'avis et du consentement de la législature de Québec décrète ce qui suit :

1. L'article 1301 du Code Civil, est amendé en y ajoutant les mots " sauf la bonne foi du créancier, et à moins que l'autorisation qu'elle aura préalablement ob-

tenue de son mari de la contracter, ne soit ratifiée par le tribunal ou le juge, sur requête exposant toutes les causes et circonstances de telle obligation. Une copie de la sentence de ratification rendue par le tribunal ou le juge, devra être annexée à la minute de l'acte".

L'Honorable L. P. Pelletier, député de Dorchester et l'ancien Procureur-Général, est le promoteur de ce bill.

La formalité de la ratification par le juge, a été suggerés par le Comité de Législation.

Il nous sera permis d'émettre le vœu que nos législateurs, en face des abus criants et des injustices qui se commettent impunément sous les yeux de la loi, comprenant mieux les besoins de notre époque, nous doteront d'une législation, qui, sans faire complètement disparaître les incapacités relatives des époux, résultant du mariage, sache reconnaître que nous ne sommes plus au temps de Justinie'

Nous vivons dans un siècle où le commerce, l'industrie, les affaires en général, prennent une extension si considérable que nous avons besoin de toute la liberté d'action possible, pour faire face aux exigences de la vie, et résister à la concurrence des peuples étrangers.

Aussi nos législateurs doivent-ils protéger et encourager ce développement de nos industries ; un des moyens les plus efficaces, à mon avis, pour favoriser cet élan vers le progrès, c'est de faire disparaître de nos lois, tout ce qui est de nature à gêner la liberté des transactions et à entraver la marche ascendante de notre prospérité commerciale.

Ces lois prohibitives, telles que nous les retrouvons dans notre Code, ne sont plus de notre âge.

Un esprit nouveau semble présider à l'organisation des sociétés modernes, il souffle partout ; laissons passer cette brise de progrès sur notre législation ; puisse-t-elle emporter dans sa

course, ces lois vieilles de plusieurs siècles, pour ne nous laisser qu'un système de législation greffé, il est vrai, sur les vieux principes d'autrefois, mais rajeuni et modifié suivant les besoins de notre temps.

L. J. LORANGER, L.L.L.,

Avocat.

AUTEURS CONSULTÉS.

Accarias—Droit Romain.
Alauzet—Droit Commercial.
Aubry et Rau—Droit Civil.
Bedarride—Droit Civil.
Beauchamp— Revue légale.
Bouthillier—Coutumes.
Boitard—Droit Commercial.
Bravard—Droit Commercial.
Bioche—Répertoire.
Condorcet—Œuvres.
Carré et Chauveau—Procédure.
Coquille, Guy—Droit Civil.
Cubain—Droit des Femmes.
Dunod—Droit Civil.
Duranton—Droit Civil.
De Molombe—Droit Civil.
DeMangeat—Droit Romain.
Delvincourt—Droit Civil.
Déglin—Contrat de Mariage.
Dalloz—Répertoire.
Pothier—Puissance maritale.
Papinien—Pandectes.
Pigeau—Procédure.
Pardessus—Droit Commercial.

Roland de Vilargue—Répt. V° Donation.
Ricard—Droit Civil, coutumes.
Rodière et Pont—Du mariage.
Revue Pratique.
Revue de Droit International.
Revue légale N. S.
Troplong—Droit Civil.
Toullier—Droit Civil.
Savigny—Droit Romain.
Story—Conflict of Laws.
D'Aguesseau—Œuvres.
Dumoulin—Coutume de Paris.
Fiore—Droit International, Droit Civil.
Foelix—Droit International, Droit Civil.
Guillouard—Droit Civil.
Guyot—Répt. V° avantage.
Gide—Condition de la femme.
Huc—Droit Civil.
Lebrun—Communauté.
Laurent—Droit International.
Lagrange—Droit Romain.
Lafleur—Conflict of Laws.
Lewis—On Foreign Jurisdictions.
Laboulaye—Condition de la femme.
Laurent—Droit Civil.
Loranger—Commentaires Code Civil.
Merlin—Répertoire.
Massé—Droit Commercial.
Marcadé—Droit Civil.

Précédents cités au cours de cet essai :

Augé vs Daoust—R. J. Q., 4, C. S., 113.
Buckley vs Brunelle—XXI L. C. J., 133, 823.
Boucher vs Globensky—R. J. O., vol. XIII, 142.
Bouron vs Davis—R. J. Q., vol. VI, 547.
Barnes vs Brown—R. J. O., vol. XII, 287.
Boudrias vs McLean., L. C. J., vol. VI, 65.
Banque Hochelaga vs Valotte—Thémis, vol. II, 225.
Banque Nationale vs Guy—M. L. R., vol. VII, 144.
Banque Nationale vs Ricard—R. J. O., C. B. R., vol. IV, 161.
Bertrand vs Saindoux—R. de Leg, vol. I, 333 (1845).
Boyce vs The Phœnix—14, Supreme Court, 723.
Cary vs Ryland—L. C. R., vol. III, 132.
Cholet vs Duplessis—L. C. J., vol. XII, 303.
Chapdelaine vs Vallée—M. L. R., C. S., vol. III, 380.
Dalton vs King—R. L., vol. IX, 548.
Fecteau vs Jobidon—R. L., vol. XVIII, 95.
Foisy vs Lafleur—R. L., vol. XXI, 514, (1591).
Geddes vs O'Reilly—L. N., vol. VI, 92.
Girard et Trudel—Jurist, vol. XXI, 295.
Hart et Joseph—M. L. R., vol. VI, 301.
Hamel vs Parent—Q. L. R., vol. III, 183.
Hogue vs Cousineau—L. N., vol. II, 308.
Holland vs Coughlan—L. C. J., vol. XVI, 105.
Inglis vs O'Connor—R. J. O., vol. III, 88.
Jodoin vs Dufresne—Jurist, vol. VII, 289.
Jodoin et Banque d'Hochelaga—R. J. O., C. S., vol. II, 27.
Kearney et Gervais—R. J. O., vol. III, 496.
Lamontagne vs Lamontagne—M. L. R., C. S., vol. VI, 438.

Lagorgendière et Thibeaudeau—Q. L. R., vol. II, 163.
Legault et Bourque—L. C. J., vol. XV, 72.
Leclerc et Ouimet—R. L. vol. XIX, 78.
Laviolette et Martin—L. C. J., vol. XI, 254.
Mailhot et Brunelle—Jurist XV, 197.
Martel vs Price—R. L., vol. VIII, 138.
McLean et O'Brien—R. J. O., C. S., vol. XII, 110.
Morgan et Bartels—R. J. Q., vol. XII, 125.
McCormick et Buchanan—R. L., vol. II, 733.
Philialcoski et Gareau—L. C. J., vol. XXXIV, 200.
Paquette et Limoges—L. C. J., vol. VII, 30.
Poitras et Brown—R. J. O., vol. XII, 497.
Renaud et Brown—R. J. O., C. S., vol. XII, 237.
Rabeau et Leroux—R. L., vol. XIII, 38.
Rogers et Rogers—L. C. J., vol. III.
Stephens et Fisk—Cassel's Dijest.
Sanfaçon et Souci—Q. L. R., vol. XIII, 53.
Shearer et Compain—L. C. J., vol. V, 47.
Turcotte et Nolet—R. J. Q., C. S., vol. IV, 438.

Vu par le Doyen de la Faculté,

M. MATHIEU.

PERMIS D'IMPRIMER :—

Le Vice-Recteur de l'Université.

Z. RACICOT.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE.

CHAPITRE I.

CHAPITRE II.

PAGES.

CHAPITRE II.

IL NE PEUT Y AVOIR DE CONTRAT DE VENTE ENTRE ÉPOUX.

CHAPITRE III.

LA FEMME NE PEUT S'OBLIGER AVEC OU POUR SON MARI.

TROISIEME PARTIE.

L'INCAPACITÉ DES ÉPOUX PRONONCÉE A L'ÉTRANGER SETA-T-ELLE RECONNUE PAR NOS LOIS.

Du statut réel et du statut personnel.

CONCLUSION.

LA LÉGISLATION COMPARÉE.

---

z.
92
06
06
00
02

05

2
2
3
4
5
5
6
6
6
5
5